

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe sobre Expediente de Relevancia Jurídica No. 6167-
2005-PHC/TC, E-1629, recurso de agravio constitucional
promovido por Fernando Cantuarias Salaverry, a efectos que
se declare fundada la demanda de hábeas corpus, contra el
fiscal Silvio Máximo Crespo Holguín, Fiscal de la Trigésimo
Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima

Trabajo de Suficiencia Profesional para obtener el Título Profesional de Abogada

que presenta:

Andreina Tais Celenia Camargo Neyra

Revisor:

Héctor Fidel Rojas Rodríguez

Lima, 2024

INFORME DE SIMILITUD

Yo **Héctor Fidel Rojas Rodríguez**, docente de la Facultad de **DERECHO** de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) de la tesis/el trabajo de investigación titulado:

Informe sobre Expediente de Relevancia Jurídica No. 6167-2005-PHC/TC, E-1629, recurso de agravio constitucional promovido por Fernando Cantuarias Salaverry, a efectos que se declare fundada la demanda de hábeas corpus, contra el fiscal Silvio Máximo Crespo Holguín, Fiscal de la Trigésimo Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima.

del/de la autor(a)/ de los(as) autores(as)

Andreina Tais Celenia Camargo Neyra

dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de **27%**. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el **20/06/2023**.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha: **Lima, 21 de marzo de 2024**

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: Rojas Rodríguez, Héctor Fidel	
DNI: 10621425	Firma 
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-9807-8700	



A Dios y mis padres, Carlos y Teresa, quienes continúan enseñándome el significado del amor

Resumen

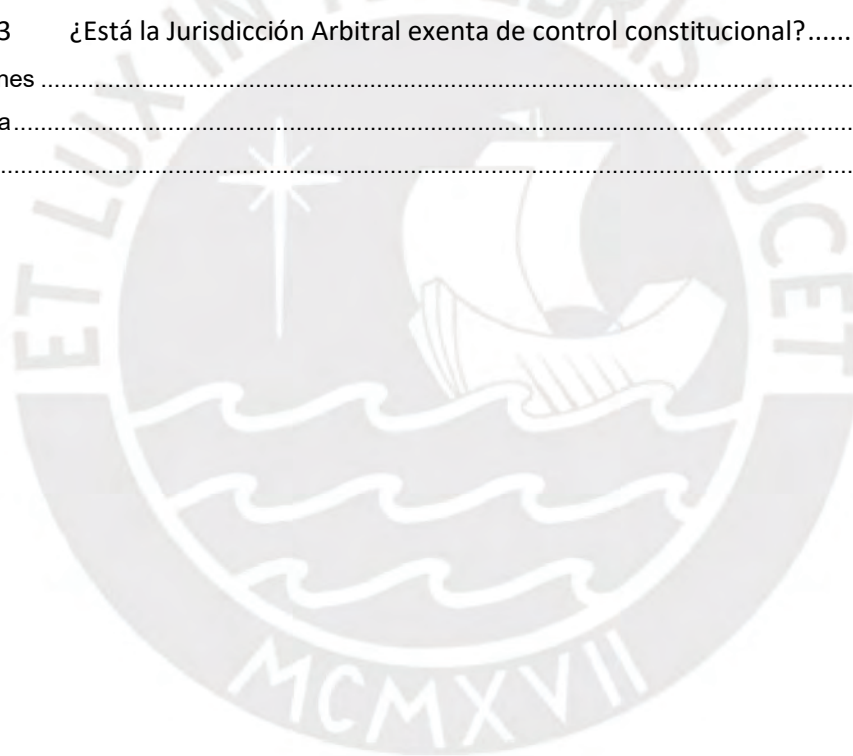
El presente informe contiene un análisis jurídico de los alcances de la jurisdicción arbitral y tiene como principal insumo la emisión de la sentencia en el Expediente No. 6167-2005-PHC/TC. Dicho caso se origina en la contienda arbitral entre Compañía de Exploraciones Algamarca S.A., y Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. La elección del expediente obedece a su riqueza y diversidad temática ya que encontramos en él distintas ramas del Derecho relacionadas con el proceso, como el arbitraje, el proceso penal y el proceso constitucional. Así, en cada una de estas materias se analiza los principales problemas que se presentan en el caso. Por consiguiente, el informe abarca relevantes materias referidas a estas especialidades, tales como la recusación de un árbitro, los recursos en el arbitraje, de la renuncia de un árbitro y si poseen la calidad de vocales de la Corte Suprema, del hábeas corpus y del recurso de agravio constitucional. Para dar respuesta a los problemas que surgen del expediente se acude a jurisprudencia y doctrina en materia arbitral, procesal y constitucional. El informe concluye que el arbitraje es una vía alternativa para la solución de conflictos de orden constitucional que, como vía jurisdiccional independiente, cuenta con las facultades que impiden la intromisión de cualquier tercero en esta jurisdicción, reconocida como tal por la Constitución. En esa línea, el Tribunal Constitucional, en su labor como máximo intérprete de la Constitución, distingue y reconoce la competencia de los árbitros para tomar decisiones en el ámbito que se desarrollan.



Índice

Resumen	1
1. Introducción	4
2. Problemas jurídicos del expediente relacionados en proceso arbitral	5
2.1 Relación de hechos relevantes.....	5
2.1.1. Del origen del proceso arbitral.....	5
2.1.2 De la Recusación presentada por Exploraciones	5
2.1.3 De los descargos presentados por el señor Cantuarias Salaverry a la recusación formulada por parte de Exploraciones.....	6
2.1.4 De la Resolución No. 75 que declara infundada la recusación	7
2.1.5 De los descargos presentados por el señor Cantuarias Salaverry frente al Recurso de Nulidad formulada por parte de Exploraciones	7
2.1.6 De la Resolución No. 97, que declara improcedentes el Recurso de Nulidad y la renuncia del árbitro.....	8
2.2 Presentación de los problemas jurídicos y desarrollo de la posición personal	9
2.2.1 ¿Fue debidamente recusado el señor Cantuarias?	9
2.2.2 ¿Qué recursos impugnatorios se prevé en el arbitraje?	15
2.2.3 ¿Cuál es la naturaleza de la renuncia de un árbitro?	17
3. Problemas jurídicos del expediente relacionados con el proceso penal.....	19
3.1 Relación de hechos relevantes.....	19
3.1.1. De la denuncia penal en la 38° Fiscalía Provincial Penal de Lima por los delitos de falsedad genérica y falsedad procesal.....	19
3.1.1.1 Del proceso penal, notificaciones y diligencias realizadas	20
3.1.1.2. De la formalización de la denuncia por falsedad genérica y procesal 22	
3.1.1.3. De la apertura de instrucción por la denuncia por los delitos de falsedad genérica y procesal	23
3.1.2. De la formalización de la denuncia penal en la 38° Fiscalía Provincial Penal de Lima por los delitos de desobediencia y resistencia a la autoridad.....	23
3.1.2.1. Del origen de la denuncia por desobediencia y resistencia a la autoridad 23	
3.1.2.2. De la condición de Jueces y Fiscales que poseerían los árbitros.....	24
3.1.2.3. De la apertura de instrucción por la denuncia por el delito de desobediencia y resistencia a la autoridad	25
3.2. Presentación de los problemas jurídicos y desarrollo de la posición personal	26
3.2.1 ¿Fueron debidamente emitidas los autos de apertura de instrucción de las denuncias por fraude procesal y falsedad genérica, así como por desobediencia y resistencia a la autoridad?	27

3.2.2 ¿Es correcta la afirmación que los árbitros tienen la condición de Jueces y Fiscales y, por ende, deben ser sometidos al mismo procedimiento que un Vocal de la Corte Suprema?	32
4. Problemas jurídicos del expediente relacionados con el proceso constitucional - hábeas corpus	36
4.1 Relación de hechos relevantes.....	36
4.1.1 De la Acción de Hábeas Corpus.....	36
4.1.2 De la Apelación de la Acción de Hábeas Corpus	38
4.1.3 De la Segunda Instancia	39
4.1.4 Del Recurso de Agravio Constitucional	40
4.1.5 De la Sentencia del Tribunal Constitucional.....	41
4.2 Presentación de los problemas jurídicos y desarrollo de la posición personal	42
4.2.1 ¿Fue debidamente fundamentado el Hábeas Corpus?.....	43
4.2.2 ¿Fue debidamente fundamentado el Recurso de Agravio Constitucional?.....	48
4.2.3 ¿Está la Jurisdicción Arbitral exenta de control constitucional?.....	52
5. Conclusiones	54
6. Bibliografía.....	56
7. Anexos.....	60



1. Introducción

En nuestras relaciones interpersonales nos podemos ver sometidos a controversias que no siempre pueden ser solucionadas de manera privada, sino que requieren la intervención de un tercero; pero ¿qué sucede cuando se cuestiona a quién se le encarga la labor de solucionar una controversia? Esto es justamente lo que nos presenta este caso.

La motivación para abordar este expediente se origina en la necesidad de estudiar y comprender una vía alternativa de solución de conflictos, como es el arbitraje, y conocer cuál es el alcance que posee, considerando que se trata de una vía que se atiene a la confluencia de las voluntades de aquellos que optan por someterse a esta jurisdicción y considerando, además, los criterios de brevedad y celeridad que postula.

Este informe se estructura de la siguiente manera: en primer lugar, se analizan los problemas jurídicos relacionados con el proceso arbitral; en segundo lugar, los problemas jurídicos relacionados con el proceso penal; y, finalmente, los del proceso constitucional.

Conviene precisar que se planteó este orden de exposición de los problemas en vista de que una de las partes que había convenido someterse al arbitraje cuestionó la imparcialidad e independencia de uno de los árbitros y, aun cuando dicha alegación se declaró infundada dentro del arbitraje, la parte recusadora no estuvo conforme con dicha decisión, por lo que acude a la vía penal para denunciar los hechos. Estos antecedentes del trámite permiten explicar con más claridad cómo llega el caso al Tribunal Constitucional, entidad que finalmente emite un precedente importante sobre la competencia de los árbitros para decidir respecto de lo referido a su materia.

En suma, este expediente resulta ser de especial importancia, ya que consolida una vía alternativa de solución de conflictos importante para el derecho nacional, pues, como señala el Tribunal Constitucional, pertenece al *orden público constitucional*.

2. Problemas jurídicos del expediente relacionados en proceso arbitral

2.1 Relación de hechos relevantes

2.1.1. Del origen del proceso arbitral

1. En el 2004 se inicia un proceso arbitral entre Compañía de Exploraciones Algamarca S.A., (en adelante, Exploraciones) y Minera Sulliden Shahuindo S.A.C., (en adelante, Sulliden).
2. De conformidad con el convenio arbitral suscrito entre ambas partes (Exploraciones y Sulliden), se acordó que en caso de que alguna de ellas rehusara u omitiera designar a su árbitro, la entidad que definiría el mismo sería el Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía (en adelante, el Instituto).
3. El señor Enrique Lastres Berninzon tenía el cargo de representante legal de Sulliden y también poseía el cargo de Director del Instituto.
4. Debido a que Exploraciones se negó a designar un árbitro para integrar el tribunal, se procedió a solicitar su designación al Instituto, nombrándose al señor Fernando Cantuarias Salaverry para que forme parte del tribunal arbitral. Siendo que, Exploraciones acepta la idoneidad del mismo mediante escrito del 21 de julio de 2004.
5. Así, el tribunal arbitral a cargo del proceso arbitral estuvo conformado por los señores Jorge Santistevan de Noriega -en el cargo de presidente-, Víctor Ávila Cabrera y Fernando Cantuarias Salaverry.
6. Según Exploraciones, su negativa para designar un árbitro estaba fundamentada en que desconocían el contrato del 11 de noviembre de 2002 y el convenio arbitral adjunto, arguyendo que ellos nunca manifestaron su voluntad para suscribirlo.

2.1.2 De la Recusación presentada por Exploraciones

7. El 02 de noviembre del 2004, Exploraciones formuló recusación en contra de Fernando Cantuarias Salaverry, miembro del Tribunal Arbitral, toda vez que, a su criterio, omitió comunicar a las partes todas las circunstancias que pudieran dar lugar a una recusación. Tales circunstancias, según Exploraciones, eran las siguientes:
 - a) El señor Fernando Cantuarias Salaverry formó parte del grupo de abogados que en el año 1996 ejercían la defensa de Compañía Minera Poderosa S.A. (en adelante, Poderosa), en un proceso arbitral con Minero Pataz EPS (en adelante, Pataz), siendo que el señor Cantuarias trabajaba en el estudio de abogados Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich Abogados SCRL (en adelante, Cantuarias Abogados) que es propiedad de su padre. Ahora bien, en el tiempo que se desempeñó como abogado para dicha empresa, el señor Lastres ocupó el cargo de directivo de Poderosa.

- b) El señor Enrique Lastres Berninzon ejerce la representación legal de Sulliden. Asimismo, es directivo del Instituto, por lo que, -a criterio de Exploraciones-, habían tenido motivos para designar al señor Cantuarias como árbitro.
- c) Dicha designación evidenciaría que falta neutralidad e imparcialidad por parte del señor Cantuarias. Esto con motivo de la emisión del laudo que declara infundada la excepción de incompetencia deducida por su parte.

2.1.3 De los descargos presentados por el señor Cantuarias Salaverry a la recusación formulada por parte de Exploraciones

8. El 9 de noviembre de 2004, el señor Fernando Cantuarias Salaverry presentó sus descargos a la recusación interpuesta por Exploraciones. Así, destaca los siguientes puntos en su escrito:

- a) La recusación no se fundamenta en el artículo 28, numeral 1 de la Ley General de Arbitraje (en adelante, LGA). Esto es, en la deficiente conformación del tribunal arbitral, ya que Exploraciones reconoce que la designación fue señalada así por el contrato del 11 de noviembre del 2002 y el convenio arbitral que contiene.
- b) A consideración del señor Cantuarias, la recusación se sustenta en que el señor Lastres es directivo del Instituto y tendría vínculos con él. De manera que la recusación no fue formulada “inmediatamente después de conocida la causa que la motiva” -de acuerdo con el numeral 1 del artículo 28 de la LGA-, sino mucho tiempo después, ya que el señor Cantuarias fue nombrado con varios meses de antelación.
- c) La argumentación de Exploraciones para fundamentar la recusación, es el criterio de igualdad de condiciones, según el cual cada una de las partes debería contar con su árbitro. Al respecto, el señor Cantuarias manifiesta que esta no es la razón de ser del artículo 18 de la LGA, bajo el entendido que no se cuenta con un derecho al “propio árbitro”.
- d) En relación con los deberes de independencia e imparcialidad, explica que los árbitros no representan los intereses de las partes, aun cuando una u otra parte los designe. Así, los supuestos para recusar a un árbitro, de acuerdo con lo previsto en el artículo 28 de la LGA, son las siguientes: (i) condiciones a reunir (artículo 25 de la LGA) y no encontrarse en algún supuesto de incompatibilidad (artículo 26 de la LGA), (ii) el árbitro no debe encontrarse en alguna causal del reglamento al que se sometan las partes y, por último, (iii) no deben estar inmiscuidos en hechos o circunstancias en el que se puedan apreciar dudas justificadas que cuestionen su imparcialidad e independencia.
- e) La recusación se encontraría enmarcada, dentro del tercer supuesto, en el entendido que se constata una relación profesional pasada entre el señor Lastres y el señor Cantuarias. Así, el señor Cantuarias refiere que no podría hablarse de que el señor Lastres supervisaba su trabajo o ejercía la codefensa del caso al que se le asignó, puesto que el directorio de Poderosa contrató al bufete de abogados. Por consiguiente, no se encontraba en la esfera de decisión del señor Lastres determinar la permanencia o no del señor Cantuarias como parte del bufete.

- f) En cuanto al deber de información, el señor Cantuarias refiere que, de conformidad con el artículo 29 de la LGA, los árbitros deben informar todas las circunstancias que motiven una recusación, ello no significa que deben informar su “biografía comercial o personal”. Este artículo enerva el deber de informar cuando se traten de hechos y/o circunstancias que generen una duda justificada que incida sobre la imparcialidad e independencia, criterio que no se cumpliría en el caso, siendo que, el proceso arbitral por el que se le recusa corresponde a partes que no forman parte del proceso actual.
- g) Aunado a ello, el señor Cantuarias refiere que aun cuando se haya determinado que no informó de un hecho, ello no significa *per se* un peligro en la imparcialidad o independencia, por lo que esto debe corroborarse en el caso.

2.1.4 De la Resolución No. 75 que declara infundada la recusación

9. Mediante Resolución No. 75, del 25 de noviembre de 2004, el tribunal arbitral declaró infundada la recusación contra el señor Cantuarias, evaluando un conjunto de condiciones que, a su juicio, se encuentran concatenadas: (i) presencia de hechos que generen duda, (ii) que la duda esté referida a la imparcialidad o independencia de un árbitro, (iii) que la recusación sea formulada en el momento pertinente, dicho de otra manera, luego de conocida la causa y en el plazo probatorio, y por último, (iv) que las razones que motivan la ausencia de imparcialidad o independencia se encuentren justificadas.
10. En esa línea, el debate se abordó desde tres aspectos:
- En primer lugar, evaluando los criterios de imparcialidad o independencia, el tribunal señala que la parte que recusa no define en cuál de los criterios incide el recurso que promueve. En ese sentido, ello menoscaba el aspecto probatorio, ya que, al no haberse probado, nos encontraríamos ante hechos que no estarían debidamente justificados. Aunado a ello, también se destaca que la recusación incide en un criterio de inmediatez, con lo que, al no haberse ofrecido pruebas al respecto, no se tiene por fundamentado este punto.
 - En segundo lugar, bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, el tribunal arbitral considera que no existe el elemento denominado “vínculo de causalidad”. Esto es, no existirían “razones justificadas” que permitan señalar que Exploraciones cuente con elementos suficientes que den sustento a la recusación.
 - En tercer lugar, aun cuando se verifique la coincidencia de los hechos acaecidos de hace ocho años, no se habría contravenido el deber de informar, ya que los hechos señalados no se vinculan con la materia del arbitraje o las partes.

2.1.5 De los descargos presentados por el señor Cantuarias Salaverry frente al Recurso de Nulidad formulada por parte de Exploraciones

11. El 09 de diciembre de 2004, el señor Cantuarias presenta sus descargos al recurso de nulidad señalando que la recusación se sustenta en su participación como defensa técnica en un proceso arbitral de 1996. En otras palabras, mucho

antes del proceso en el que viene participando como árbitro y, aunado a ello, entre partes que no tienen vinculación alguna con el proceso arbitral actual.

12. El señor Cantuarias afirma de manera enfática que su participación -en el arbitraje que hace referencia Exploraciones- fue exclusivamente como defensa legal de una empresa ajena al arbitraje en el que participa como árbitro. Asimismo, indica que su permanencia como abogado dependía del directorio o gerencia de la Poderosa como colegiado, y no de una persona en particular -concretamente, del señor Lastres-. Por tanto, no nos encontraríamos ante lo que el señor Cantuarias denomina un “supuesto de supervisión” como pretendería alegar Exploraciones.
13. De igual manera, el árbitro recusado destaca el aspecto probatorio del recurso que se viene debatiendo en el proceso arbitral. En ese sentido, incide principalmente en que Exploraciones no ha acreditado si los “supuestos vínculos” que denuncia existen para el momento de la recusación o han existido con anterioridad.
14. Un hecho adicional a destacar recae en la condición de socio que posee el señor Cantuarias con el estudio Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich Abogados. En esa línea, el señor Cantuarias señala que Exploraciones refiere que él tiene la condición de miembro activo de esta sociedad civil. Ante este señalamiento, el árbitro recusado argumenta que habría dejado de trabajar en dicho estudio a mediados de mayo o junio del 1996, toda vez que, para ese año fue designado como Gerente Legal de la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal (en adelante, COFOPRI), desempeñando dicho cargo hasta diciembre del 2000. Siendo que, desde enero del 2001, fue designado como Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (en adelante, UPC).
15. Mediante estos descargos el señor Cantuarias presenta su renuncia al tribunal arbitral dado los ataques a su persona y señalando que, -de acuerdo con cómo se han ido presentando los hechos-, no puede negar que cuenta con cierta inclinación en contra de una de las partes.

2.1.6 De la Resolución No. 97, que declara improcedentes el Recurso de Nulidad y la renuncia del árbitro

13. El 30 de diciembre del 2004, el tribunal arbitral emite la Resolución No. 97, mediante la cual declara improcedentes el recurso de nulidad y la renuncia, formuladas por Exploraciones y el señor Cantuarias, respectivamente.
14. En primer término, señala que los supuestos para la renuncia se encuentran debidamente señalados en el artículo 27 de la LGA y en el presente caso no se aprecia la concurrencia de estos. De igual forma, tampoco se configura al artículo 29 de la LGA, que señala una serie de circunstancias por revelar. Esto último referido a la participación minoritaria del señor Cantuarias en el Estudio de su padre, toda vez que se trata de una sociedad civil familiar. Así, no se genera duda justificada que incida en la imparcialidad del señor Cantuarias.
15. En segundo término, respecto al apartamiento de un árbitro de un proceso por vía de recusación o renuncia, solo se puede dar al amparo de las circunstancias establecidas específicamente en los artículos 27 y 28 de la LGA; para cualquier otra circunstancia ambas partes deben estar de acuerdo. Ello se sustenta en el principio de autodeterminación, el cual constituye la esencia del proceso arbitral,

situación que no existe en el presente caso, ya que no hay un acuerdo de voluntades en este sentido.

16. Asimismo, trayendo a colación el artículo 18 de la LGA, consideran que los árbitros, al asumir dicha función, se encuentran obligados a cumplir con el compromiso encomendado, reconociendo el riesgo que ello implica.
17. Por último, el tribunal destaca el artículo 58 de la LGA, afirmando que contra las resoluciones distintas del laudo solo procede el recurso de reposición. Aunado a ello, señala que frente a la resolución que resuelve el incidente de recusación no cabe recurso alguno, de conformidad con el artículo 31 de la LGA.

2.2 Presentación de los problemas jurídicos y desarrollo de la posición personal

18. Este apartado se organiza en tres secciones: en primer lugar, en la recusación promovida contra el señor Cantuarias; en segundo lugar, en los recursos que se puede encontrar en el arbitraje; y, en tercer lugar, la naturaleza de la renuncia de un árbitro. Para el desarrollo de cada problemática, se desglosa los cuestionamientos referidos a la materia, los mismos que permiten abordar de manera completa los problemas jurídicos presentados.

2.2.1 ¿Fue debidamente recusado el señor Cantuarias?

19. Para abordar este primer problema jurídico corresponde preguntar: “**¿Qué es una recusación?**”. De conformidad con la Real Academia Española, la recusación es definida como aquel proceso que tiene por finalidad aislar a un juez, magistrado o árbitro -como se presenta en el caso- del conocimiento de una causa, por motivos de carencia de independencia¹. Por otro lado, en la doctrina es concebida como aquella potestad por la que las partes, que han convenido someterse a arbitraje, pueden objetar la aptitud de quien ostenta la potestad de definir determinado conflicto (Ledesma 2014: 99). En otro sentido, -y atendiendo a un criterio de fiabilidad de los árbitros por su experticia en una materia (Ledesma 2014: 29)- es considerada como un “instrumento jurídico para restaurar la fe en el proceso” (Castillo y Vásquez 2007: 152).
20. A manera de recuento, podemos afirmar que nos encontramos ante un instituto de naturaleza procesal puesto a disposición de las partes, con la finalidad de cuestionar a los árbitros -que, bajo determinadas causales, señaladas en la ley,- respecto de quienes se ve mermada su **independencia e imparcialidad** de cara a decidir sobre una materia puesta a su conocimiento. Sin embargo, ello no se reduce únicamente a estos dos criterios, sino que, en determinada doctrina, destaca un valor ético para la motivación de la recusación, bajo el parámetro de que las partes deben ver tutelado su derecho al debido proceso (Madrid 2008: 2067). Para otra doctrina, la incidencia de los criterios de imparcialidad e independencia se encuentran vinculados de manera indiscutible con la “ética del comportamiento de un árbitro” (Castillo y Vásquez 2007: 153).
21. Encontrándonos en este punto, es relevante señalar que el cuestionamiento de la imparcialidad que nos interesa analizar se fundamenta en la causal prevista en

¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Recusación”. Consulta: 25 de marzo de 2023. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/recusaci%C3%B3n>

Art. 28.3 de la LGA, que hace referencia a lo que se denomina “dudas justificadas”. Pero **¿qué debe comprenderse por dudas justificadas?** o ¿quién se encarga de darles contenido a las mismas?

22. Estas no pueden ser simples dudas o la mera desconfianza, ya que con la recusación se busca apartar a un árbitro que pierde la imparcialidad y la independencia. Así, se debe tratar de concretas razones para que se acceda a una recusación, más aún cuando al momento de cuestionar su idoneidad, no solo se le cuestiona a él, sino finalmente al arbitraje que se está llevando a cabo; en vista de que, las partes depositan su confianza en el tribunal para la resolución de una contienda. Otra situación que aporta a esta valoración radica en el carácter irrecurrible de la resolución que define la recusación, siendo que, la única vía sería la de anulación del laudo arbitral. He aquí la importancia de la recusación.
23. Es importante referir que el entonces vigente Art. 28.3 no señalaba que debía entenderse por “duda justificada”² no obstante, resulta ineludible elaborar una definición que permita identificar si en un caso concreto se genera una duda que respalde la recusación.
24. Cabe indicar también, que la actual norma que regula el arbitraje (desde el 2008) es el D. Leg. 1071, el cual, coincidentemente, regula en su numeral 28.3 el supuesto de recusación ante “duda justificada” de la imparcialidad o independencia del árbitro³. Esta idéntica previsión legal de la recusación en ambas normas (Ley 26572 y D. Leg. 1071) permite utilizar indistintamente las fuentes doctrinarias sobre la recusación para dilucidar un concepto aplicable a nuestro análisis.
25. Sin perjuicio de lo anterior, cabe advertir que la regulación literal de la recusación en la Ley 26572 hacia diferencia clara entre estas causales de recusación: (i) circunstancias que ameriten dudas justificadas y (ii) no ostentar las aptitudes que las partes convienen, o las que se establecen para el arbitraje. Sin embargo, en el actual D. Leg. 1071 introduce una redacción diferente, considerado la concurrencia de las dos situaciones (*“si concurren en él, circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, así como no poseer las calificaciones convenidas por las partes o las establecidas por el reglamento de la institución arbitral o las exigidas por la ley”*).

² **Ley 26572. Artículo 28. - Causales de recusación.** - Los árbitros podrán ser recusados sólo por las causas siguientes:

[...]

3. Cuando existan circunstancias que den lugar a **dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia.**

³ **D. Leg. 1071. Artículo 28.- Motivos de abstención y de recusación.**

1. Todo árbitro debe ser y permanecer, durante el arbitraje, independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.

2. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes, sin demora cualquier nueva circunstancia. En cualquier momento del arbitraje, las partes podrán pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes o con sus abogados.

3. Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él, circunstancias que den lugar a **dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia**, así como no poseer las calificaciones convenidas por las partes o las establecidas por el reglamento de la institución arbitral o las exigidas por la ley.

4. Las partes pueden dispensar los motivos de recusación que conocieren y en tal caso no procederá recusación o impugnación del laudo por dichos motivos.

5. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su nombramiento.

26. Ello nos permite apreciar que la nueva norma elevó el nivel de exigencia para la interposición de la recusación. Un hecho que aporta a este razonamiento es la aclaración que pueden solicitar las partes a los árbitros (D. Leg. 1071. Art. 28.2). Así, se entiende que la causal de recusación no se presume, sino que las partes tienen a su disposición otros mecanismos para atender alguna circunstancia que no conocían y que requieren que sea explicada por el árbitro, sin necesidad de recurrir directamente a la recusación.
27. Algunos autores comentando la Ley No. 26572 -norma que regulaba anteriormente al arbitraje y que aborda el vocablo “duda justificada”- señalan que el artículo 28.3 de dicha norma, hace referencia a una “duda justificada” y no a una “duda razonable”; siendo que, el primer concepto evoca al cuestionamiento de la independencia e imparcialidad; mientras que el segundo ingresaría a una valoración meramente subjetiva; por consiguiente, y de acuerdo con dicho razonamiento, aquella duda que se encuentra amparada en el proceso arbitral es la objetiva, siendo que esta se encuentra sustentada en determinados eventos que enervan el cuestionamiento de un árbitro (Matheus 2007: 68).
28. Profundizando en su análisis, Matheus postula que el carácter objetivo exige que no exista una relación de sujeción fáctica o jurídica con alguna de las partes involucradas en la contienda arbitral; mientras que el segundo, aborda un criterio subjetivo, ya que postula que no se tenga una posición premeditada frente al proceso (2007: 67).
29. Con igual criterio, Ledesma -citando a Alonso- concuerda con dichas connotaciones objetiva y subjetiva, que pueden ser de apreciación en la independencia e imparcialidad, respectivamente (Ledesma 2014: 99).
30. Otro aspecto por analizar es **¿quién resuelve la recusación?** Respecto a esta materia, Castillo y Vásquez (2007: 179) afirman que se debe tener por finalidad que no sean los mismos árbitros quienes se pronuncien sobre su recusación.
31. Por consiguiente, el deber de resolver la recusación interpuesta depende del tipo de arbitraje frente al cual nos encontremos, existiendo dos variedades: el arbitraje *ad hoc* y el institucionalizado. El arbitraje *ad hoc* es una contienda que se encuentra bajo la dirección de las partes, en convenio con los árbitros y, en el segundo caso, es una institución quien dirige el arbitraje. Asimismo, pueden ser arbitrajes unipersonales o colegiados (Madrid 2008: 2071 - 2072).
32. Como es previsible, el problema de mayor dificultad en este aspecto se presenta en el caso del arbitraje *ad hoc* unipersonal, pues se debe cuidar que no sea el árbitro mismo quien resuelva su recusación. En el presente caso se recurrió a un arbitraje *ad hoc* colegiado, con lo cual, frente a la recusación de uno de los árbitros, los otros integrantes del tribunal debían resolver la recusación recaída sobre uno de ellos. Entonces, si bien se trata de un supuesto menos complejo, Madrid destaca que también puede resultar problemático, ya que al ser el propio Tribunal quien decide sobre la recusación, podríamos ingresar a un “laberinto” en caso sea más de un árbitro quien resulte recusado (2008: 2091).
33. A pesar de estos razonamientos, la doctrina considera racional que sean los mismos árbitros quienes decidan sobre la recusación formulada, toda vez que no se ha esbozado un criterio lógico para impedir que sean los propios árbitros quienes se pronuncien sobre la recusación de uno de los miembros del tribunal que integran. En vista de que, se tratan de “terceros” que evalúan la recusación de

un miembro del tribunal y no de su propia recusación (Castillo y Vásquez 2007: 177).

34. Recapitulando, la circunstancia alegada por Exploraciones bajo la cual promovió la recusación se fundó sobre una pretendida relación de dependencia del señor Cantuarias con el señor Lastres, representante de Sulliden. Ello se motivaría en que años anteriores a la contienda arbitral en la que participa el señor Cantuarias como árbitro, el señor Lastres se desempeñaba como miembro del Directorio de Poderosa, empresa que mantuvo una contienda arbitral con otra parte; sin embargo, el señor Cantuarias se había desempeñado como parte de la defensa técnica de dicha empresa. Razón por la cual, a consideración y de acuerdo con lo señalado por Exploraciones, la función del señor Lastres en el actual arbitraje sería: “[...] la de supervisor del Dr. Fernando Cantuarias Salaverry”.
35. A criterio de Exploraciones, esta sería la circunstancia que el señor Cantuarias tenía el deber de informar y que incumplió, motivo por el cual se interpuso la recusación, siendo que, se había visto comprometida su independencia e imparcialidad⁴.
36. Como hemos señalado en párrafos anteriores, no existe una fuente normativa en donde se encuentren descritas las concretas circunstancias que generan dudas justificadas. Empero, la doctrina destaca algunas fuentes en donde podemos encontrar hechos o circunstancias que permiten discernir cuando nos encontramos frente a una eventual causal de recusación (Castillo y Vásquez 2007: 157). Así, a manera de ejemplo, uno de los Códigos de Ética más representativos es del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima⁵.
37. El artículo 6 del precitado Código de Ética, -referido al deber de informar-, señala:

Artículo 6. -

[...]

3. El futuro árbitro deberá revelar todos los hechos o circunstancias que puedan originar dudas justificadas respecto a su imparcialidad o independencia. Enunciativamente, deberá considerar, entre otros, los siguientes hechos o circunstancias:

a. El tener relación de parentesco o dependencia con alguna de las partes, sus representantes, abogados o asesores.

[...]

d. El haber sido representante, abogado o asesor de una de las partes o haber brindado servicio profesional o asesoramiento o emitido dictamen u opinión o dado recomendaciones respecto del conflicto.

⁴ De conformidad con la recusación formulada por Exploraciones, el fundamento alegado en este extremo es el artículo 29 de la entonces vigente Ley General de Arbitraje, Ley No. 26572, que establecía la **obligación de informar y dispensar**: La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro **deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a una posible recusación**, y el árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas actuaciones arbitrales, **revelará sin demora tales circunstancias a las partes**, a menos que ya les haya informado de ellas, bajo pena de responder por los daños y perjuicios que ocasionen por su omisión.

⁵ Código de Ética del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Consulta: 05 de mayo de 2023. Recuperado a partir de: <https://apps.camaralima.org.pe/repositorioaps/0/0/par/codigodeetica/c%C3%B3digo%20de%20%C3%A9tica.pdf>

[...]

4. El no revelar tales hechos o circunstancias u otros similares dará la apariencia de parcialidad y puede servir de base para su descalificación⁶.

38. Como se aprecia, el numeral 3 de este artículo resulta relevante, toda vez que, de acuerdo con el numeral 4, no revelar estos hechos o circunstancias permite cuestionar la imparcialidad del árbitro omitente y aportaría a su descalificación.
39. En esta línea de razonamiento, el literal 3.a -a nuestro criterio- alude a una relación actual de dependencia, mas no a una pasada y que no se encuentra directamente relacionada con un arbitraje actual. Así también, Castillo y Vásquez afirman que el literal a), no implica directamente la descalificación del árbitro, sino que la motivación para tal descalificación se da en el hecho mismo de que la relación no sea informada con la debida antelación (2007: 158). Sumado a ello, se debe traer a colación que estas circunstancias no constituyen un mero deber de informar, sino a un deber de abstención, ya que el árbitro no debería aceptar la invitación a formar parte del tribunal arbitral si estas circunstancias recaen en él.
40. Concordamos con esta opinión doctrinal, en lo referente a que, el parentesco y dependencia constituyen circunstancias de diferente naturaleza. Por un lado, en la dependencia resulta evidente la existencia de una relación de supervisión y/o sujeción; mientras que, en el parentesco no se evidenciaría esta relación. No obstante, somos de la opinión que el parentesco supone una relación aún más estrecha, que no solo puede estar constituida en la confianza, sino que pueden fundarse en otros motivos y, por qué no, hasta espurios.
41. Entonces, resulta evidente que no se presenta la circunstancia prevista en el literal a, del numeral 3 del Art. 6 del Código de Ética que venimos analizando en el caso del señor Cantuarias. Ello por dos razones: Primero, no existe una relación de parentesco entre el árbitro recusado y el señor Lastres. Segundo, tampoco existe una relación de dependencia actual entre los involucrados.
42. Ahora bien, analicemos el literal d), del numeral 3 del mismo Art. 6; esto es, revisando si la circunstancia alegada se encontraría en la prestación de los servicios profesionales como abogado que brindó el señor Cantuarias.
43. Al respecto, recordemos que las partes en este arbitraje son Sulliden y Exploraciones, y el señor Lastres es el representante legal de la primera. El cuestionamiento de Exploraciones radica en que el señor Lastres formó parte del directorio de Poderosa, empresa que participó en el arbitraje con Patáz en 1996,

⁶ Los demás numerales del Artículo 6 señalan:

[...]

3. El futuro árbitro deberá revelar todos los hechos o circunstancias que puedan originar dudas justificadas respecto a su imparcialidad o independencia. Enunciativamente, deberá considerar, entre otros, los siguientes hechos o circunstancias:

[...]

a. El tener relación de amistad íntima o frecuencia en el trato con alguna de las partes, sus representantes, abogados o asesores.

b. El tener litigios pendientes con alguna de las partes.

[...]

e. El no estar suficientemente capacitado para conocer de la controversia, tomando en cuenta el contenido de la disputa y la naturaleza del arbitraje.

f. Si hubiera recibido beneficios de importancia de alguno de los participantes.

g. Si se diera cualquier otra causal que a su juicio le impusiera abstenerse de participar en el arbitraje por motivos de decoro o delicadeza.

siendo que el estudio Cantuarias Abogados se encargó de su defensa técnica y el árbitro recusado formaba parte de dicho estudio.

44. Como podemos constatar, no se trata de las mismas partes, sino de que el señor Lastres formó parte del Directorio de la empresa de la que el señor Cantuarias realizó su labor como abogado, formando parte del estudio que ejerció la defensa en una contienda arbitral. Considerando esta circunstancia, en la contienda arbitral objeto de análisis, el señor Lastres ocupa el cargo de representante. Con todo, el único punto de convergencia entre el señor Lastres y el señor Cantuarias radica en la empresa Poderosa. Resultando que, el primero formó parte del directorio; mientras que el segundo, fue un abogado miembro del estudio que ejerció la defensa de otra empresa en otra contienda arbitral.
45. En esa línea, concordamos con lo referido por los Profesores Castillo y Vásquez al señalar que no es meritorio afirmar que un vínculo de subordinación del pasado suponga la falta de neutralidad de un árbitro, aun cuando, incluso puede haber asesorado a las partes que se someten al arbitraje (2007: 164). Insistimos, en el presente caso no nos encontramos ante dicho vínculo de subordinación directa, ya que las partes resultan ser distintas.
46. Sin perjuicio de ello, tal como se establece en el Código de Ética, es apropiado que exista este deber de declarar esta circunstancia⁷, pues si bien no existe un criterio de dependencia entre las partes y el árbitro recusado, deben ser las partes quienes valoren la circunstancia que se pone en su conocimiento. Acotando, como bien señala la doctrina, de ser declarada esta circunstancia, ya no se encontraría un fundamento para la recusación (2007: 164). Dicho en otras palabras, cuando las partes ya conocen la circunstancia que podría ser eventualmente empleada para fundamentar la recusación, dicho sustento desaparece.
47. Por consiguiente, para responder a la pregunta primigenia respecto a si el señor Cantuarias estuvo debidamente recusado, nuestra opinión es que no se encontraba justificada la cuestión planteada; más aun considerando que en ese momento no existía una relación directa entre el señor Cantuarias y el señor Lastres. Aunado a ello, enmarcándonos en aquella duda justificada, en la vertiente objetiva que se debe argumentar para una correcta recusación, tampoco se evidencia la “sujeción fáctica o jurídica”. En suma, la recusación del señor Cantuarias no fue debidamente formulada.
48. Como punto aparte, vale mencionar que parecería que Exploraciones buscaba no solo la recusación, sino también cuestionaba el convenio arbitral, pues en su recusación señaló:

Como es de conocimiento del Tribunal, nuestra parte desde un inicio **se rehusó a realizar la designación de árbitros**, toda vez que siempre **desconocimos tanto el contrato de fecha 11 de noviembre del 2002, así como el convenio arbitral inserto en él**, puesto que jamás existió manifestación de voluntad de nuestra empresa para celebrarlo.

49. Esto es, no solo se formuló la recusación, sino que, además, también había un cuestionamiento al propio convenio arbitral. Es decir, Exploraciones cuestionaba la realización del arbitraje mismo. La doctrina, pone de relieve este tipo de

⁷ Es importante destacar que importante doctrina resalta que, ante la duda de revelar un hecho, lo mejor es hacerlo para que no se presente ningún cuestionamiento posterior. En: ALONSO PUIG, José María, “Los árbitros: selección, recusación y reemplazo”, Arbitraje, Lima, Themis, 2007, p. 163. Recuperado a partir de: https://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/themis/themis_053.html

comportamiento en el arbitraje, afirmando que se debe regular la imposición de multas para evitar que se cuestione la validez del acuerdo arbitral (Martínez 2007: 67), posición con la que estamos de acuerdo.

50. Un punto adicional por tomar en cuenta radica en lo señalado por Exploraciones al momento de fundamentar la recusación. Así, menciona lo siguiente:

Ante la negativa de nuestra parte a designar a nuestro árbitro, éste nos fue asignado por el Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía, el cual a su vez designó como árbitro de nuestra parte, al Dr. Fernando Cantuarias Salaverry.

Habiendo designado la parte demandante a su árbitro quedó instaurado el Tribunal Arbitral, el mismo que debía abocarse a un **arbitraje de derecho, caracterizado por la igualdad de condiciones de las partes, al contar cada una con su propio árbitro.**

51. Por consiguiente, corresponde cuestionarnos, **¿existe el derecho al propio árbitro?** De manera preliminar, es correcto afirmar que el arbitraje se origina de la confluencia de la voluntad de las partes -siendo que la jurisdicción arbitral ha sido reconocida constitucionalmente con carácter excepcional-, la misma que es recogida en el convenio arbitral donde también se encontrarán todos los pactos a los que arriben las partes.
52. Partir de esta idea nos podría llevar a afirmar que es correcto lo señalado por Exploraciones. No obstante, si bien las partes motivan el inicio del arbitraje, no se trata de un poder ilimitado. La doctrina define hasta qué punto alcanzaría la participación de las partes en la contienda arbitral. Así, para Castillo y Vásquez, esto se circunscribe a tres elementos importantes: primero, qué es aquello que se someterá al arbitraje; segundo, cuándo se acudirá al arbitraje; y, finalmente, cómo concluirá el arbitraje (2007: 220).
53. Entonces, ¿son las partes quienes dirigen y controlan la actividad realizada por los árbitros? La respuesta es que no. Las partes definen la manera en que se integrará el tribunal arbitral, así como la materia que se debatirá, mas no que determinaran cómo se desenvuelve un árbitro. Si consideramos el artículo 18 de la derogada LGA, podemos observar que dicha norma establecía claramente que los árbitros no personifican a las partes y, por tanto, no tienen por obligación representar o defender la posición de la parte que los designa.
54. Así, no se trataría de que las partes “tengan un árbitro” que los represente en el tribunal, sino que las partes deciden poner el conflicto en manos de un árbitro para que defina respecto a la materia de la que ellos tienen conocimiento. Un razonamiento adicional que aporta a dicha postura se halla en el hecho de que el árbitro ofrece una prestación, esto es, su conocimiento en determinada materia, pero con el precepto de dirimir respecto a una materia susceptible de ser arbitrada y legalmente admitida, labor que se encuentra determinada por la sujeción al debido proceso, como elemento que trasciende a toda jurisdicción (Castillo y Vásquez 2007: 123).

2.2.2 ¿Qué recursos impugnatorios se prevé en el arbitraje?

55. Los recursos impugnatorios previstos en el Decreto Legislativo No. 1071, corresponden a la tipología de las decisiones que se toman, las cuales están

contenidas en dos tipos de pronunciamientos: resoluciones y laudo. Las primeras están referidas a decisiones que se emiten en el trámite del arbitraje, es decir, no resuelven la materia que se está debatiendo, sino que tienen por finalidad darle continuidad y trámite al procedimiento; mientras que el Laudo, se refiere al pronunciamiento sobre la materia que fue sometida a arbitraje, de allí que debe reunir una serie de características, tales como la debida motivación, entre otros; adicionalmente, produce efectos de cosa juzgada. A partir de estos (resoluciones y Laudo) se puede presentar los recursos de reconsideración o anulación, respectivamente.

56. En lo que respecta al **recurso de reconsideración** -también llamado reposición- actualmente se encuentra regulado en el artículo 49. En la LGA -norma derogada- el sistema de recursos era idéntico, aunque su denominación era la de recurso de reposición (Artículo 58).
57. Por otro lado, el **recurso de anulación** se regula en el actual artículo 62 y, como se ha explicado, se dirige a atacar el laudo, siendo el único camino de impugnación de este. En la LGA, se mencionaba que los laudos eran definitivos y no se podía presentar recurso alguno contra los mismos (artículo 59), a excepción del recurso de apelación⁸ y recurso de anulación⁹ (artículos 60 y 61 de la LGA, respectivamente).
58. En lo que respecta al caso objeto de análisis, Exploraciones formuló recusación contra el señor Cantuarias, la misma que fue declarada infundada mediante Resolución No. 75, del 25 de noviembre de 2004. El recurso impugnatorio interpuesto por Exploraciones frente a dicha decisión fue el del recurso de nulidad. Así, compete examinar cuál es la naturaleza del recurso a interponer frente a la resolución que resuelve una recusación.
59. En la norma derogada se establecía que frente a la resolución que se pronunciaba sobre la recusación no cabía interponer medio impugnatorio alguno (artículo 31¹⁰ de la LGA). Es más, en las causales de anulación no se contaba con un numeral en específico que permita su cuestionamiento (artículo 73 de la LGA), como sí ocurre con la normativa vigente (numeral 7, del artículo 29).
60. Sin perjuicio de ello, evaluando las causales allí previstas, esto es del artículo 73 de la LGA -en vista de que Exploraciones estaba cuestionando su consentimiento frente al convenio arbitral-, el numeral que se podía alegar sería el primero, referido a la nulidad del convenio. Es importante considerar que, para alegar esta causal, conforme al artículo 39 de la LGA, se debió formular inicialmente la oposición total o parcial frente al arbitraje por “inexistencia, ineficacia o invalidez” de aquél, lo cual no ocurrió en el caso.

⁸ Este recurso era interpuesto ante el Poder Judicial en caso así se hubiera pactado o se encontrara previsto en el reglamento arbitral de la institución arbitral. Asimismo, el objeto del mismo era la revisión del laudo, análisis de los fundamentos de las partes, de la prueba y aplicación del derecho. La resolución estaba dirigida a confirmar o revocar total o parcialmente el laudo (Artículo 60 de la LGA).

⁹ Era procedente contra laudos en una sola instancia o contra laudos de segunda instancia. Las causales se encontraban expresamente señaladas en la misma norma (artículo 73 de la LGA). Se revisaba la validez del laudo, mas no el fondo de la controversia. En ese sentido, se determina la validez o la nulidad.

¹⁰ **Artículo 31°. -Procedimiento de recusación. -**
[...]

Contra la resolución que el Juez, la Institución organizadora o el tribunal pronuncien, no procede ningún medio impugnatorio.

61. Exploraciones formuló recusación contra el señor Cantuarias, la misma que fue declarada infundada; posteriormente, presentó un recurso de nulidad. Empero, como podemos apreciar -tanto de la norma derogada como de la vigente- la resolución que resuelve la recusación, es concluyente e inatacable con recurso impugnatorio alguno; por esta razón, la única vía era la interposición del recurso de anulación con la salvaguarda señalada en el párrafo anterior, esto es, el cuestionamiento del convenio arbitral, de conformidad con la norma derogada que se encontraba vigente para el momento de los hechos.
62. En este punto, ¿Tiene fundamento constitucional que no se prevea un recurso impugnatorio contra la resolución que decide la recusación? Castillo y Vásquez destacan la irrecurribilidad de esta resolución bajo el fundamento que se debe evitar que un arbitraje se vea envuelto en cuestionamientos que pretendan diferirlo, cuando, justamente, es el arbitraje aquella vía por excelencia que se funda en la prontitud para definir un conflicto (2007: 186).
63. Aun cuando nos encontramos de acuerdo con dicha opinión -respecto a preservar la celeridad del arbitraje- se debe tener presente que, inclusive aquí se puede apreciar el derecho de impugnación. Puesto que, si bien el cuestionamiento al resultado de la recusación no resulta ser inmediato, el mismo se llega a efectuar con posterioridad con la interposición del recurso de anulación. De esta forma, se puede apreciar una expresión del derecho a la impugnación.
64. Este razonamiento es recogido por Fernando Ibérico, quien al citar a Vescovi, resalta que el hecho de que alguien alegue un derecho a través del acto de recurrir ya evoca aquella denominada “actividad impugnativa” (2021: 184) propio de este derecho fundamental. En resumidas cuentas, el derecho a la impugnación se define como posibilidad para debatir respecto a una pretensión, de la cual no necesariamente se tiene la razón.
65. Así, considerando que el arbitraje se construye sobre el criterio de celeridad, es de apreciar que en cierto momento -y bajo determinadas circunstancias- se permite el cuestionamiento de ciertas decisiones. Con esta apreciación, confirmamos -una vez más- que el arbitraje incide en criterios de excepcionalidad y prontitud.
66. Ahora bien, como referimos en párrafos anteriores, el cuestionamiento del árbitro conlleva al cuestionamiento del arbitraje mismo, pues sobre la cabeza del árbitro recusado recae dirimir el debate. Por ello, somos de la opinión de que el hecho de que no se permita el cuestionamiento de esta resolución se debe -en gran medida- a la importancia de la recusación, de allí que se postergue su debate hasta la emisión del laudo.
67. En la legislación actual -como se señaló anteriormente-, el sistema de recursos es, esencialmente, igual, por lo que el recurso de reposición no se encuentra previsto para atacar la resolución que decide sobre la recusación.
68. En la normativa vigente se prevé una solución expresa para estos supuestos en el Artículo 29.7 del D. Leg. 1071, que establece que el cuestionamiento a la recusación rechazada por el tribunal se hace a través del recurso de anulación, es decir, se reserva para el momento de la impugnación del Laudo.

2.2.3 ¿Cuál es la naturaleza de la renuncia de un árbitro?

69. En la interposición del recurso de nulidad, Exploraciones destacó que el señor Cantuarias habría afirmado no trabajar con su padre, cuando ello sería contradictorio con las documentales ofrecidas y el aumento de capital de diciembre de 1998. Este hecho motivó que el señor Cantuarias presentara su renuncia al cargo del árbitro.
70. No obstante, en la Resolución No. 97, el tribunal declaró improcedente la renuncia formulada por el señor Cantuarias. Al respecto, la norma derogada regulaba en el artículo 27 las diferentes causales de renuncia de un árbitro.
71. Al analizar la norma derogada, se aprecia que las causales señaladas son taxativas; siendo que, en efecto, en ninguna de ellas se subsume la causal que motivó la renuncia invocada por el señor Cantuarias.
72. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 29, numeral 5 de la norma vigente del arbitraje, la renuncia de un árbitro no debe ser concebida como la verificación de la causal alegada; es decir, la renuncia del árbitro no implica aceptar o que resulte procedente la recusación.
73. ¿Entonces, la renuncia del árbitro sí puede ser rechazada por el tribunal, con lo cual, el árbitro cuya declinación es inadmitida, se encuentra en la obligación legal de participar en el arbitraje?
74. Para poder analizar esta situación, es pertinente considerar algunos puntos claves. Tal como se ha referido con anterioridad, el arbitraje es una vía alternativa para la solución de conflictos, por ende, se postula que los actos procesales que se realizan en el trámite del mismo gozan de dicho carácter. Por consiguiente, la recusación de un árbitro no implica colocar en *stand by* el debate arbitral, tanto la normativa actual como la anterior, optan por dicho camino (numeral 4 del artículo 29 y último párrafo del artículo 31, respectivamente). Es preciso indicar que, en lo que respecta a la normativa actual, se ha establecido la salvedad que se suspenda en tanto los árbitros lo convengan así.
75. Ahora bien, evaluemos, ¿qué ocurre con la renuncia de un árbitro? Preliminarmente, debemos hacer notar que recusación y renuncia son distintos. Si bien el último puede devenir luego del primero, ambos tienen matices diferentes. De allí que, en la actual norma establezca que la renuncia no debe asimilarse como la aceptación de “los motivos de recusación invocados”.
76. Tenemos que en la anterior normativa las causas para la renuncia eran taxativas; siendo que, en el presente caso ninguna de las causales allí señaladas había sido alegadas (artículo 27 de la LGA). Si nos circunscribimos a la normativa actual podemos observar que no se establecen causales de este tipo. Esta regulación es coherente, ya que -como se señaló en apartados anteriores- para este última, se elevó los requisitos de la recusación, con lo cual se debe esbozar motivos suficientemente *justificados* para que se recuse a un árbitro; siendo que, en caso de existir acuerdo entre las partes para la recusación de un árbitro, se procede al nombramiento del árbitro sustituto (literal c, del numeral 2 del artículo 29 del D. Leg. 1071). Así, la regulación actual equipara aquel acuerdo en la recusación con la renuncia de un árbitro.
77. Dicho esto, consideramos que la improcedencia de la renuncia del señor Cantuarias como debidamente formulada; ya que, no se había indicado la causa expresa que motivara esta. Sin perjuicio de ello, es importante destacar lo que se

argumentó en dicha renuncia, en lo que respecta a la animadversión que puede haberse generado en el árbitro recusado.

Este análisis se puede abordar de mejor manera en la actual regulación. Si continuamos leyendo los numerales del artículo 29 del D. Leg. 1071, podemos constatar que se ha establecido que “La renuncia de árbitro o la aceptación por la otra parte de su cese, no se considerará como un reconocimiento de la procedencia de ninguno de los motivos de recusación invocados” (numeral 5 del artículo señalado). Esto no se trata de un hecho menor, en vista de que, lo que se quiere hacer notar es que –a nuestro criterio- la recusación puede haber mermado “la buena voluntad” del árbitro, lo que indudablemente puede incidir en las actuaciones. Una vez más, de allí que se haya elevado el marco para la recusación, procedimiento que puede decantar en la renuncia del árbitro recusado.

3. Problemas jurídicos del expediente relacionados con el proceso penal

3.1 Relación de hechos relevantes

3.1.1. De la denuncia penal en la 38° Fiscalía Provincial Penal de Lima por los delitos de falsedad genérica y falsedad procesal

78. El 25 de enero de 2005, Exploraciones, a través de su gerente general, el señor José Humberto Abanto Verástegui, formula denuncia contra el señor Cantuarias por los delitos de falsedad genérica y fraude procesal.
79. Luego de un breve repaso de los hechos, Exploraciones expresa la “inexactitud del árbitro recusado” señalando dos aspectos:
- Por un lado, sostiene que el señor Cantuarias es socio activo del estudio Cantuarias Abogados, hecho que puede ser corroborado con la copia literal de dicho estudio en la que se aprecia el aumento de capital realizado, de conformidad a la normativa de la Ley General de Sociedades siendo que, el señor Cantuarias había elevado su aporte de capital del 6.66% al 15%.
 - Por otro lado, este estudio mantuvo o mantenía relaciones permanentes con Poderosa, siendo que el señor Lastres fue uno de los miembros del Directorio de la última y en el proceso arbitral que se discute, actúa en calidad de uno de los representantes legales de Sulliden. Así, Exploraciones refiere que no nos encontramos ante una “relación episódica”; por el contrario, existiría un vínculo entre el estudio del que es miembro el árbitro y la minera de la que fue miembro el representante legal de la otra parte.
80. Por estas consideraciones, Exploraciones afirma que la comisión del delito por parte del señor Cantuarias se habría llevado a cabo mediante la alteración de la verdad. Ello se reflejó en la resolución que obtuviera en su perjuicio, en vista de la imparcialidad e independencia alterada por parte del árbitro, quien, a su vez, indujo en error a los demás miembros del tribunal arbitral, con lo cual emitieron una resolución contraria a la ley.

3.1.1.1 Del proceso penal, notificaciones y diligencias realizadas

81. La denuncia presentada a la Fiscalía Penal de Turno de Lima recayó en la Trigésima Octava Fiscalía Provincial Penal, siendo el número asignado para dicho caso el 364-05.

82. A manera de recuento, se señalarán las notificaciones cursadas y las diligencias programadas:

- De Exploraciones:

- **1ra. vez**, mediante notificación del 11 de febrero de 2005: se programó la declaración indagatoria del señor José Humberto Abanto Verástegui, gerente general de Exploraciones, quien fuera citado para el 28 de febrero de 2005, a las 11:00 am. La misma que sería programada por solicitud del interesado mediante escrito del 28 de febrero de 2005.
- **2da. vez**, mediante notificación del 09 de marzo de 2005: es citado por segunda vez el señor José Abanto para el 18 de marzo de 2005, a las 11:00 am.
- Mediante escrito del 14 de marzo de 2005, Exploraciones presentó un escrito solicitando se llame a declarar a los miembros del tribunal arbitral, así como al señor Lastres.
- Mediante escrito del 28 de marzo de 2005, Exploraciones presenta un escrito solicitando se formalice la denuncia aun cuando no se haya realizado diligencia alguna sobre los hechos materia del proceso.
- **3ra. vez**, mediante notificación del 28 de marzo de 2005: se programa la declaración del gerente general de Exploraciones para el 31 de marzo de 2005, a las 09:00 am.
- El 31 de marzo de 2005, se llevó a cabo la declaración del señor Abanto.
- Mediante escrito del 25 de abril de 2005, Exploraciones reitera la solicitud de formalización de denuncia por los delitos de Falsedad Genérica y Falsedad Procesal; sin embargo, solicita que dicha formalización sea contra todos los miembros del tribunal.
- Mediante escrito del 06 de mayo de 2005, solicita formalizar la denuncia contra el señor Cantuarias ante el juzgado correspondiente.

- Del señor Cantuarias:

- **1ra. vez**, mediante notificación del 28 de marzo de 2005: programan la declaración del señor Cantuarias para el 01 de abril a las 09:00 am.
- Mediante escrito del 29 de marzo de 2005, nombra abogados a los Dres. Dino Carlos Caro Coria y Renee Hernán Quispe Silva. De igual manera, señala como domicilio procesal la Casilla No. 4363 del Colegio de Abogados de Lima (en adelante, CAL).
- **2da. vez**, mediante notificación del 01 de abril de 2005: programan la declaración del señor Cantuarias para el 06 de abril de 2005 a las 09:00

am. Esta notificación es dirigida a la casilla del CAL señalado en su escrito de apersonamiento.

- Mediante escrito, con fecha de recibido del 01 de abril de 2005, la defensa técnica del señor Cantuarias solicita la suspensión de la investigación preliminar y se eleve los autos a la Fiscalía Superior Decana, ello con la finalidad de dirimir quién será el fiscal competente para conocer los hechos materia de la presente denuncia, ya que nos encontramos ante la jurisdicción arbitral, siendo que la misma tiene carácter de independiente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 139, numeral 1 de la Constitución.
 - **3ra. vez**, mediante notificación del 15 de abril de 2005: programan la declaración del señor Cantuarias para el 20 de abril de 2005 a las 09:00 am. Esta notificación es dirigida a la casilla del CAL señalado en su escrito de apersonamiento. Dicha notificación se remitió en virtud de que la Fiscalía declaró improcedente la solicitud de la defensa técnica del señor Cantuarias, señalando que no existe norma expresa que establezca jerarquía alguna para los árbitros o miembros del Tribunal Arbitral que pueda ser semejante a los miembros del órgano jurisdiccional.
 - Mediante escrito del 19 abril de 2005, la defensa técnica del señor Cantuarias solicitó la realización de un informe oral y se otorgue el uso de la palabra por el espacio de 25 minutos. Asimismo, mediante otro escrito con la misma fecha, la defensa técnica del señor Cantuarias solicita la reprogramación de la fecha y hora para la realización de la declaración indagatoria, toda vez que habría recibido la notificación el día anterior.
 - Mediante resolución del 21 de abril de 2005, la Fiscalía concede el uso de la palabra a la defensa técnica del señor Cantuarias para el 04 de mayo de 2005. De igual manera, se programa su declaración **-por cuarta vez-** para el 05 de mayo a las 09:00 am.
 - Mediante escrito del 04 de mayo de 2005, la defensa técnica del señor Cantuarias solicita la reprogramación del informe oral señalando que la actividad probatoria todavía no se encuentra agotada.
 - Mediante escrito del 05 de mayo de 2005, la defensa técnica del señor Cantuarias solicita la reprogramación de su declaración indagatoria.
 - Mediante escrito del 06 de mayo de 2005, la defensa técnica del señor Cantuarias presenta sus descargos a la denuncia formulada.
 - Mediante escrito del 09 de mayo de 2005, se solicita la actuación de medios probatorios pertinentes para el esclarecimiento de los hechos materia de investigación.
- Del señor Lastres:
- **1ra. vez**, mediante notificación del 15 de marzo de 2005: se cita al señor Lastres para que ofrezca su declaración indagatoria, para el 22 de marzo de 2005 a las 11:00 am. No obstante, la notificación que fue enviada a la Calle Santa María No. 110 es devuelta por ser errónea. Ello se da a conocer mediante escrito que posee como fecha de recepción el 18 de marzo de 2005.

- **2da. vez**, mediante notificación del 28 de marzo de 2005: programan la declaración del señor Lastres para el 01 de abril a las 10:00 am.
 - **3ra. vez**, mediante notificación del 01 de abril de 2005: programan la declaración del señor Lastres para el 06 de abril de 2005 a las 10:00 am.
 - **4ta. vez**, mediante notificación del 15 de abril de 2005: programan la declaración del señor Lastres para el 20 de abril de 2005 a las 10:00 am
 - Mediante escrito del 20 abril de 2005, el señor Lastres informó a la fiscalía que recibió la notificación para su declaración ese mismo día, siendo que ya se había vencido la hora para participar en la misma.
 - **5ta. vez**, mediante resolución del 21 de abril de 2005, se programa su declaración para el 06 de mayo a las 11:00 am. En otra de las notificaciones, señala como fecha para su declaración el 05 de mayo a las 11:00 am. No obstante, el señor Lastres solicitó la reprogramación de dicha declaración por una cita médica. De igual manera, solicita que su reprogramación se realice luego del 29 de mayo.
- Otros miembros del Tribunal Arbitral:
- Mediante notificación del 21 de abril, se programa la declaración del señor Víctor Ávila Cabrera, miembro del tribunal, para el 06 de mayo a las 11:00 am. En la misma fecha, pero a las 09:00 am, se programó la declaración del señor Jorge Santistevan de Noriega, otro de los miembros de dicho tribunal.
 - Mediante escrito del 05 de mayo de 2005, el señor Víctor Ávila solicitó la reprogramación de su declaración. De la misma manera, la defensa técnica del señor Jorge Santistevan, el 06 de mayo de 2005, solicita la reprogramación de su declaración.

3.1.1.2. De la formalización de la denuncia por falsedad genérica y procesal

83. El 10 de mayo de 2005¹¹, el fiscal a cargo de la Trigésima Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, formalizó la denuncia penal No. 364-05 en contra del señor Fernando Cantuarias, en calidad de autor de los presuntos delitos de falsedad genérica y fraude procesal, en agravio de Exploraciones y del Estado, respectivamente.
84. Como principal argumento de dicha formalización la Fiscalía señala que si bien, el señor Cantuarias ha presentado sus descargos afirmando que Poderosa, empresa con la que se le vincula, es ajena al proceso arbitral y fue quien contrató los servicios de un bufete de abogados, al que no pertenecería. No obstante, ello no se condice con los medios probatorios obtenidos. Así, se resalta el acta de constatación notarial en el que se aprecia que el señor Cantuarias forma parte del estudio de su padre, en calidad de socio, siendo que, habría aportado mayor capital en diciembre de 1998, quedando inscrito en registros públicos en mayo de

¹¹ Comentario aparte, la fecha de la denuncia dista del anexo presentado por el señor Cantuarias para la interposición de Acción de Hábeas Corpus, toda vez que, la denuncia allí anexada tiene por fecha el 16 de mayo de 2005.

1999. De manera que, no resulta cierto que se habría alejado de dicha sociedad en el año 1996.

85. Adicionalmente, como segundo argumento, el señor Cantuarias habría incumplido el art. 29 de la LGA, ya que habría brindado datos falsos y habría omitido comunicar la vinculación con el señor Lastres, quien ocupara el cargo de accionista y directivo de la Poderosa. De igual manera, no informó que este último forma parte del Consejo Directivo del Instituto, el mismo que lo designara como árbitro.

3.1.1.3. De la apertura de instrucción por la denuncia por los delitos de falsedad genérica y procesal

86. La formalización de la denuncia ingresó al Sexto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, en el Expediente No. 279-2005. Dicho juzgado, mediante resolución del 26 de mayo de 2005, dispuso la Apertura de Instrucción en la vía sumaria por los delitos denunciados, señalando una serie de diligencias. De igual manera, se le dictó comparecencia restringida y se trabó embargo preventivo.

3.1.2. De la formalización de la denuncia penal en la 38° Fiscalía Provincial Penal de Lima por los delitos de desobediencia y resistencia a la autoridad

3.1.2.1. Del origen de la denuncia por desobediencia y resistencia a la autoridad

87. Esta denuncia tiene su origen en el escrito del 26 de enero de 2005 dirigido por el señor Walter Valdez, gerente general de Compañía Minera Algamarca S.A. (en adelante, Algamarca), a la Trigésimo Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima. Mediante dicho escrito se informa que el Juzgado Mixto de la Provincia de San Marcos - CAJAMARCA, en el Exp. No. 14-2014, -en el que se ventila un proceso sobre Interdicto de Retener seguido por Compañía Minera Algamarca S.A., contra Luis Urquiza y otros, - ha dispuesto remitir actuados al Ministerio Público para que se proceda a formalizar denuncia por el delito de desobediencia y resistencia a la autoridad contra los miembros del tribunal arbitral.

88. Este proceso de interdicto de retener incidía principalmente en ordenar a los demandados el cese de actos que perturben la posesión que ejercía Algamarca, sobre determinadas concesiones mineras. Este proceso había sido promovido el 13 de febrero de 2003, siendo que, un año posterior al mismo se interpuso la demanda arbitral, cuyos dos puntos de su petitorio abordan la materia que se venía discutiendo en el proceso judicial. Es así como, mediante Resolución No. 24, del 01 de diciembre del 2004, el juzgado que conocía el caso ordenó que se suspendiera temporalmente, -y con carácter parcial-, el proceso arbitral, en lo referido a la solicitud de Sulliden en cuanto a que se le restituya las concesiones mineras.

89. Con posterioridad a la misma, mediante Resolución No. 26, del 13 de diciembre del 2004, el juzgado ordenó que el plazo de veinticuatro (24) horas se ejerciera la suspensión parcial del proceso arbitral con el apercibimiento de que los miembros del tribunal pudieran ser denunciados por el delito de desobediencia y resistencia a la autoridad. Es así como, mediante Resolución No. 30, del 14 de enero de 2005, el juzgado ordenó se remitieran copias del expediente al Fiscal Provincial

Penal de Turno de la Ciudad de Cajamarca para que procediera a formalizar denuncia por los delitos ya señalados.

90. En este punto, se generó una controversia respecto a la fiscalía competente a conocer el caso. Así, luego de que el Juzgado de San Marcos remitiera las copias a la Fiscalía de Baños del Inca, esta última remitió los actuados a la Fiscalía Mixta de San Marcos, quien finalmente envió el caso a la Fiscalía Provincial de Turno de Lima.
91. Ahora bien, los actuados ingresaron a la Trigésima Novena Fiscalía Provincial Penal de Lima, el 31 de enero de 2005, con el No. 43-2005; sin embargo, dicha fiscalía lo derivó a la Trigésima Octava Fiscalía Provincial de Lima, en vista de que, en esta última se encontraba una denuncia cuyos hechos y partes resultaban idénticas, cuyo No., de caso era 476-2005, y que había ingresado el 28 de enero de 2005. En ese sentido, la Fiscalía ponderó que por un criterio de antigüedad debía remitirla a esta última.

3.1.2.2. De la condición de Jueces y Fiscales que poseerían los árbitros

92. Mediante escrito con fecha de recepción del 04 de febrero de 2005, la defensa técnica de Sulliden solicitó a la Superior Decana de Lima que la denuncia con No. 476-2005 -a la que, de acuerdo con lo señalado anteriormente, se le acumuló el 43-2005- sea tramitada por la vía correspondiente, esto es, ante el Fiscal de la Nación.
93. Dicha solicitud se realizó bajo los argumentos que, dado que la Constitución ha determinado que existen tres jurisdicciones reconocidas, siendo una de ellas la arbitral, nos debe dirigir a afirmar que los árbitros poseen la misma condición que un juez o fiscal. Por consiguiente, de ser investigados por algún hecho punible deberían ser sometidos al mismo procedimiento al que se somete a un Vocal de la Corte Suprema de Justicia, siendo el motivo principal, el hecho de que el Tribunal sigue instalado.
94. Aunado a ello, la defensa técnica señala que esta denuncia pretende vulnerar la función del tribunal arbitral, toda vez que, aun cuando el Juez Mixto de San Marcos remitió la denuncia a la Fiscalía Penal de Cajamarca y esta no fue recibida, la misma fue remitida a Lima, recayendo en la 39° Fiscalía, la misma que se encontraba de turno el 31 de enero de 2005. Ahora bien, la defensa técnica destaca que el viernes 28 de enero de 2005, Algamarca ya había registrado una denuncia ante la 38° Fiscalía. Así, el martes 01 de febrero de 2005, Algamarca presentó un escrito a la 39° Fiscalía solicitando se remita la denuncia a la 38° Fiscalía.
95. Por su parte, Algamarca hizo lo propio y solicitó a la 38° Fiscalía que formule la denuncia correspondiente, afirmando que la defensa técnica de Sulliden quería evitar que se efectúe dicha denuncia y pretendía que se continuara con el arbitraje.
96. Es así como, el 11 de febrero de 2005, la 38° Fiscalía eleva la consulta a la Fiscalía Superior Decana del Distrito Judicial de Lima. Luego de ello, Algamarca a través de su representante puso en conocimiento de dicha fiscalía que no se habría seguido el trámite correspondiente, ya que la superior decana no habría enviado los actuados a la Fiscalía de la Nación, sino a la Sétima Fiscalía Superior.

97. Luego de la presentación de diferentes escritos para determinar la Fiscalía Superior correspondiente, mediante Oficio No. 42-2005, del 30 de marzo, la Séptima Fiscalía Superior Penal de Lima remitió los actuados a la Fiscalía de la Nación, siendo la Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal la encargada de dirimir la controversia.

98. Mediante Resolución s-n-2005-2, del 07 de abril de 2005, en la Queja No. 42-2005, la Fiscalía Suprema refiere lo siguiente:

- i. No existe “dispositivo legal alguno” que determine el grado jerárquico de los miembros de un tribunal arbitral. Sin perjuicio de ello, se reconoce que, de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución, pueden emitir laudos con carácter de cosa juzgada.
- ii. De conformidad a la LGA, se tiene que cualquier controversia se resuelve a través de un “ente unipersonal (árbitro único) o colegiado”, comprendiendo que la decisión final, tiene naturaleza concluyente.
- iii. Ante un laudo arbitral se interpone recurso de apelación ante el Poder Judicial o segunda instancia arbitral, cuando se haya acordado así en el convenio arbitral o se encuentre previsto en el reglamento del instituto arbitral. En caso no exista acuerdo expreso o haya duda, se entiende que las partes han determinado el recurso de apelación ante segunda instancia arbitral.
- iv. Para evitar cualquier duda respecto al acápite anterior, ante los laudos arbitrales de única instancia o los de segunda, cabe el recurso de apelación y nulidad ante el órgano jurisdiccional. En ese sentido, se descarta una organización jerarquizada o la equiparación de un árbitro a un juez. Este cuarto apartado se sustenta en los artículos 63 y 71 de la LGA.
- v. Así, al no existir norma expresa que sostenga que los árbitros son equiparables a los miembros del Órgano Jurisdiccional, no puede afirmarse por analogía que las resoluciones que ellos emitan constituyen una primera instancia judicial. De manera que, la fiscalía competente para conocer el caso es la de origen, esto es, la 38° Fiscalía.

3.1.2.3. De la apertura de instrucción por la denuncia por el delito de desobediencia y resistencia a la autoridad

99. Así, el 11 de abril de 2005, el fiscal a cargo de la 38° Fiscalía Provincial Penal de Lima denunció a los miembros del Tribunal Arbitral por el delito de desobediencia y resistencia a la autoridad.

100. La misma fue dirigida al 11° Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, en el Expediente No. 218-2005. Dicho juzgado, mediante resolución del 11 de mayo de 2005, dispuso la Apertura de Instrucción por el delito denunciado, señalando una serie de diligencias.

3.2. Presentación de los problemas jurídicos y desarrollo de la posición personal

101. Este apartado se organizará en dos cuestionamientos principales: en primer lugar, las formalizaciones de las denuncias por los tipos penales de fraude procesal y falsedad genérica, así como por desobediencia y resistencia a la autoridad y, en segundo lugar, analizaremos si los árbitros tienen la condición de jueces y fiscales. Para el desarrollo de cada una de estas problemáticas, desglosamos cada uno de los cuestionamientos referidos a la materia, los mismos que nos permitirán abordar de manera completa los problemas jurídicos presentados.
102. Antes de iniciar con el análisis de los problemas identificados en el presente apartado, es importante realizar un breve análisis del motivo que convoca que el expediente que es objeto de análisis tenga vigencia.
103. Si bien nos encontramos frente a un expediente que incide principalmente en la materia arbitral, el mismo nos plantea la particularidad de transitar a la materia procesal, sobre la cual podemos esbozar diversas apreciaciones que nos permiten afirmar que nos encontramos ante cuestionamientos vigentes y que ameritan el debate respecto a la tarea pendiente de llevar a la práctica el respeto estricto de los derechos fundamentales en el desarrollo del proceso.
104. Qué duda cabe que vernos expuestos a una investigación de carácter penal, implica verse involucrado en una constante expectativa. Por ejemplo, tomemos el plazo de investigación en un caso, es correcto afirmar que resulta de gran complejidad saber a ciencia cierta que una investigación se realizará en el plazo previsto.
105. Este es un problema de grandes proporciones ya que, en caso de encontrarnos frente a una investigación que sea considerada como compleja. Así, por una indebida gestión del tiempo asignado para la investigación fiscal, en caso no se hayan realizado diligencias importantes, la ampliación del plazo puede ser de igual tiempo. Resultando que, de manera totalmente errada -y con vulneración grosera de derechos fundamentales- se pretende colocar en cabeza del investigado la deficiente dirección de la investigación, sometiéndolo a un mayor plazo de investigación.
106. Así, la persona sometida a dicha investigación ve mermada su proyecto de vida y otros derechos conexos, en caso no se lograra vencer su presunción de inocencia. Ello nos debe llevar a reflexionar si realmente se cumple con aquellos principios medulares del derecho penal, estos son, el de la libertad y la igualdad.
107. No solo vemos problemas en la duración de los procesos de investigación, también podemos afirmar que existen malas prácticas para la instalación del juicio oral. Esto se verifica cuando se permite que transitemos a la siguiente fase –juicio oral- con una imputación imprecisa y poco clara, sometiendo al investigado a una imputación sin la contundencia que debería tener y adoleciendo de la debida motivación que permita tener claridad respecto de aquello que se está acusando. Con lo cual, finalmente tenemos requerimientos acusatorios que no son debidamente motivados.
108. Podemos hablar de mayores problemas que parecieran estar enraizados en el proceso; sin embargo, el análisis del expediente no va en ese sentido. Se conoce de las graves deficiencias estructurales que se tienen en el sector público, tanto

del recuso material, como del más importante de todos, del recurso humano. La correcta investigación supone las gestiones de dotar al personal a cargo de la investigación y juzgamiento, de las herramientas adecuadas. Siendo que, quien finalmente se relacionará, ya sea como investigado o agraviado, será el ciudadano.

109. En ese sentido, consideramos que los problemas estructurales que se tenían desde la existencia de este expediente se ven reflejados hasta la actualidad. Motivo por el cual es válido argumentar la plena vigencia de este expediente, considerando que son problemas que hasta la actualidad se recrean. Por consiguiente, es correcto afirmar que, aun cuando nos entramos ante un proceso moderno, todavía tenemos una tarea pendiente en la *constitucionalización del proceso*. La misma que debería tener en cuenta que nos encontramos ante personas sometidas a una investigación y que, por lo tanto, también estamos incidiendo en los derechos fundamentales de estos.

3.2.1 ¿Fueron debidamente emitidas los autos de apertura de instrucción de las denuncias por fraude procesal y falsedad genérica, así como por desobediencia y resistencia a la autoridad?

110. De manera preliminar, corresponde hacer un recuento del curso de la investigación que concluyó con la formalización de dichas denuncias. Por este motivo, es preciso señalar que el caso se rige bajo el Código de Procedimientos Penales, Ley No. 9024. Así, los hechos del caso transcurren entre los años 2004 y 2005.
111. Ahora bien, la redacción vigente¹² al momento de los hechos en lo que respecta a la apertura de la instrucción, se encontraba en los siguientes términos:

Artículo 77. - Recibida la denuncia, el **Juez Instructor sólo abrirá la instrucción si considera que el hecho denunciado constituye delito**, que se ha individualizado a su presunto autor y que la acción penal no ha prescrito.
[...]

[El destacado es mío]

112. De igual manera, en su modificatoria, se adiciona la frase de “indicios suficientes o elementos de juicio reveladores”:

Artículo 77.- Recibida la denuncia y sus recaudos, el **Juez Especializado en lo Penal sólo abrirá instrucción si considera que de tales instrumentos aparecen indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito**, que se ha individualizado a su presunto autor o partícipe, que la acción penal no ha prescrito o no concurra otra causa de extinción de la acción penal. [...]

[El destacado es mío]

¹² Es pertinente indicar que, en el Auto Apertorio de Instrucción, del 27 de mayo del 2005, se señala que dicha apertura se realiza de conformidad con el artículo 77 del Código de Procedimientos Penales vigente con la Ley No. 24388, la misma que fue publicada el 06 de diciembre de 1985. Sin embargo, es preciso señalar que, este artículo fue modificado mediante la Ley No. 28117, del 10 de diciembre de 2003, la misma que también es objeto de análisis por los cambios importantes que introdujo.

113. Como se puede constatar, la norma modificatoria es clara en señalar que, la instrucción debe considerar el acaecimiento de indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito. La misma ya nos hace vislumbrar que no se pretende una mera remisión o señalamiento de los hechos, sino que el mismo debe encontrarse debidamente fundamentado y motivado en claros indicios y que los mismos resulten ser racionales.
114. Somos de la opinión que señalar ‘indicios suficientes’ válidamente puede aludir a la sospecha reveladora referida en la Sentencia Plenaria Casatoria No. 1-2017/CIJ-433, en vista que, esta sospecha es la pertinente para la disposición de formalización. Asimismo, es la sospecha requerida que alude a aquellos indicios que permita corroborar la comisión de un delito. Aunado a ello, se debe destacar que esta sospecha también trae a colación a elementos racionales que suponen la probabilidad en el acaecimiento del delito, sin alcanzar la certeza que se requiere en otro momento procesal (fundamento 24)¹³.
115. En el voto de los magistrados Gutiérrez Ticse y Ochoa Cardich en la sentencia del Tribunal Constitucional¹⁴ -citando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos- también se destaca lo pertinente de estos ‘indicios suficientes’, argumentando no se tratan inferencias sin sustento alguno; por el contrario, se deben estimar razones contundentes y debidamente elaboradas.
116. De igual manera, el máximo intérprete de la Constitución ha destacado un criterio de ‘suficiencia’ en el “auto de apertura de instrucción”. En esa línea, ha señalado lo siguiente:

[...] procedimiento de instrucción judicial se inicia formalmente cuando el juez penal expide una resolución de incriminación judicial, denominada “**auto de apertura de instrucción**”, cuya estructura está regulada por el artículo 77 del Código de Procedimientos Penales (Ley 9024), **y la eventual arbitrariedad de dicha decisión jurisdiccional** –que opera como control de la corrección jurídica del juicio de imputación propuesto por el fiscal– **pasa por verificar si aquella contiene una suficiente argumentación de los presupuestos que la legitiman**, normativa que ofrece los máximos resguardos para asegurar que el imputado tome conocimiento de la imputación que recae en su contra [...]¹⁵

[El destacado es mío]

117. Es importante haber distinguido la modificación que se realizó a la norma, ya que nos permite corroborar que la misma realiza mayores exigencias en la apertura de la instrucción.
118. Retomando la redacción de la norma que se aplicaba en su momento, así continua:

Artículo 77. -

¹³ Sentencia Plenaria Casatoria no. 1-2017/CIJ-433, del 11 de octubre de 2017, fundamento 24, literal C. Disponible en:

<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/10/Legis.pe-Sentencia-Plenaria-Casatoria-1-2017-CIJ-433.pdf>

¹⁴ Voto singular de los magistrados Gutiérrez Ticse y Ochoa Cardich en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 03223-2021-PHC/TC-AREQUIPA, del 04 de octubre de 2022, fundamento 5. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/03223-2021-HC.pdf>

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 01731-2018-PHC/TC, del 03 de diciembre de 2020, fundamento 11. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/01731-2018-HC.pdf>

[...] El auto contendrá en forma precisa, la motivación y fundamentos, y expresará la calificación de modo específico del delito o los delitos que se imputan al denunciado y la orden de que debe concurrir a que preste su instructiva.

119. En la modificatoria, se aprecia lo siguiente:

Artículo 77. -

[...] El auto será motivado y contendrá en forma precisa los hechos denunciados, los elementos de prueba en que se funda la imputación, la calificación de modo específico del delito o los delitos que se atribuyen al denunciado, la motivación de las medidas cautelares de carácter personal o real, la orden al procesado de concurrir a prestar su instructiva y las diligencias que deben practicarse en la instrucción.

120. Como podemos constatar, en la modificación de la norma se exige una mayor precisión en el contenido del auto de apertura de instrucción. Ello no resulta ser un hecho menor, toda vez que la misma está aspirando a alcanzar un nivel más completo en la fundamentación que debe contener. Esto puede ser corroborado por la motivación que exige ésta última para la imposición de medidas cautelares de carácter personal o real.

121. Asimismo, dicha motivación ha sido destacada por el Tribunal Constitucional, en correspondencia con la redacción de la norma modificatoria, en vista de que enerva en el juez aquella obligación de motivar para aperturar la instrucción. Agregando que, la misma ostentará certeza, precisión, claridad, entre otros. Señalando que los hechos referidos también serán detallados¹⁶. Son dos los puntos que debemos resaltar. Por un lado, el deber de la motivación¹⁷ que recae sobre los jueces para fundamentar la instrucción; y, por otro lado, los criterios que debe tener la acusación y que el juez debe tener en cuenta.

122. Es así como, del auto de instrucción en el Expediente No. 218-2005, referido al tipo penal de desobediencia y resistencia a la autoridad contra los miembros del tribunal arbitral, en agravio del Estado, se tiene lo siguiente:

Del análisis, podemos cotejar que en el artículo -antes de la modificatoria- se afirma que le juez apertura la instrucción cuando valore que el hecho denunciado enerva la comisión de un delito. No existe otro elemento adicional que tenga que ser objeto de evaluación por parte del juez. De igual manera, bastará con que señale los motivos y fundamentos, así como la calificación específica del delito, para haber cumplido con lo exigido por la norma.

Evidentemente, la modificatoria exige un nivel mayor de precisión en el contenido -como vimos en párrafos anteriores, señala expresamente cuáles serán los

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N. 01381-2008-PHC/TC, del 18 de noviembre de 2008, fundamento 4; haciendo referencia a la sentencia recaída en el Expediente N. 8125-2005-PHC/TC, fundamento 16. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01381-2008-HC.html>

¹⁷ Aquí es pertinente destacar que, en la Constitución se destaca la motivación en las decisiones propias de la función jurisdiccional.

Artículo 139°. Principios de la función jurisdiccional
Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

apartados- lo cual no ocurre con su antecesora. En su oportunidad, el Tribunal Constitucional ha valorado que un auto de apertura de instrucción que adolezca de motivación constituye una vulneración del derecho de defensa¹⁸. Siendo que la motivación que se requiere no supone el señalamiento de las normas, sino la justificación de esta¹⁹.

En el auto objeto de análisis se menciona los hechos denunciados, para luego pasar a citar la norma que sería pertinente. De igual manera, se esboza los motivos que aportan para decidir dicha apertura de instrucción, argumentando que se cuentan con indicios y que “[...] los medios probatorios aportados por parte del Representante resultan suficientes para ser consideradas como pruebas indiciarias [...]”²⁰.

Del análisis entre aquello que tenemos en la norma con lo que se cuenta en el auto de instrucción, consideramos que esta resolución no ha sido debidamente motivada. Veamos, el primer párrafo del artículo 77 hace mención que el juez abrirá instrucción, si a su criterio nos encontramos frente a un delito. Si el análisis de la apertura de instrucción se ajustaría a este primer párrafo, podríamos afirmar que se cumplió con dicho articulado. Empero, es con la segunda parte del primer párrafo del artículo 77 con el que confirmamos que existen graves deficiencias en dicha apertura.

Esto se puede observar, en la medida que no se ha esbozado de forma precisa cuál sería la motivación y fundamentos que justifique dicha apertura. No basta con la exposición de los hechos, se debe de realizar un análisis de los mismos para evaluar si existe el mérito para abrir la instrucción. Asimismo, dicho nivel de motivación no se supera con la cita del artículo de la Constitución. Debe existir un mayor y más profundo trabajo por fundamentar cuáles son esos motivos que permitan la instrucción.

123. Del auto de instrucción en el Expediente No. 279-2005, referido a los tipos penales de falsedad genérica y fraude procesal contra el señor Cantuarias, del mismo se tiene lo siguiente:

Del análisis del auto, podemos cotejar que tenemos la descripción de los hechos; posteriormente, se señala el delito imputado, diligencias a realizar y medidas de coerción personal y real a ejecutarse. Es preciso indicar que, en lo concerniente a las medidas de coerción, se dictó comparecencia restringida y el embargo preventivo²¹ sobre los bienes del señor Cantuarias.

En cuanto a la comparecencia restringida se señalan: a) no variar domicilio sin autorización del juzgado, b) no ausentarse de su lugar de residencia sin autorización del juzgado, c) concurrir al local del juzgado las veces que sea requerido y d) consignar una caución de quinientos soles.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 01954-2015-PHC/TC-LIMA, del 30 de junio de 2020, fundamento 18. Disponible en:

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/01954-2015-HC.pdf>

¹⁹ Ibid, fundamento 16.

²⁰ De habernos ceñido bajo los criterios de la modificatoria, podríamos encontrar que en este auto no se ha precisado cuáles serían estos medios de prueba que fundamentan la imputación, lo que incurre directamente en el incumplimiento de lo previsto en la norma -en el extremo de especificar los elementos de prueba que fundamentan la imputación.

²¹ **Artículo 94.-** Al momento de abrir instrucción o en cualquier estado del proceso el juez, de oficio o a solicitud del Ministerio Público o de la parte civil, podrá ordenar se trabe embargo preventivo en los bienes del inculpado que sean bastantes para cubrir la reparación civil.

Con este tipo de medida lo que se busca es asegurar la participación del investigado en el proceso. En esa línea, y como ocurre en el caso, el profesor San Martín Castro señala que tales medidas pueden presentarse de manera independiente o compuestas, como lo apreciamos en el caso objeto de análisis (San Martín Castro 2020: 705). Ahora bien, estas restricciones encuentran su razón de ser en aquel peligrosismo procesal; siendo que, la finalidad de aquellas es limitar la incidencia del último (San Martín Castro 2020: 705).

Además de esta medida de coerción personal, también se impone una medida de coerción real. Se trata de un embargo preventivo que tiene por finalidad responder respecto a la eventual responsabilidad económica que se les imponga (San Martín Castro 2020: 718).

Como se ha venido señalando, la norma que concurre al momento de los hechos no alude a la motivación de las medidas de coerción, como sí ocurre con la modificatoria. Sin perjuicio de ello, para la emisión del auto de instrucción –al igual que el anterior auto de apertura- el segundo párrafo del artículo 77 menciona la motivación y fundamentos, que a su vez abonara para que se construya una imputación específica. Así, a diferencia del auto de apertura de instrucción anterior, en éste, sí apreciamos que existe un esfuerzo por esbozar aquellos fundamentos que dan motivo para la apertura de dicha instrucción.

De igual manera, se constata una constante participación por parte de la defensa del señor Cantuarias, con lo cual se aprecia un ejercicio sostenido y activo del derecho de defensa. Siendo que, ello abona al esclarecimiento de los hechos. Así valora también el juzgado, ya que en la resolución se afirma que, dada la participación tanto de la defensa como del procesado, ello otorga indicios importantes de que el señor Cantuarias no entorpecerá o eludirá las actuaciones de los operadores de justicia.

Por las consideraciones expuestas, postulamos que nos encontramos ante un auto de apertura debidamente emitido, toda vez que, se constata un trabajo más exhaustivo para el análisis de aquellos fundamentos que promueven esta instrucción. Aunado a ello, debemos tener en cuenta que la instrucción permitirá la indagación respecto a la comisión de un delito y la eventual responsabilidad del inculpado, por tanto, la emisión de este auto no implica en sí mismo la culpabilidad del sujeto. Así también se debe hacer mención de la comparecencia restringida que se impuso al señor Cantuarias, resulta ser la menos gravosa.

124. Punto aparte, -y considerando la modificatoria, en la que señalan la motivación de estas medidas y este nivel de exigencia mayor-, en la parte resolutive de ambos autos, además de detallarse las diligencias a realizar, se impone mandato de comparecencia simple y restringida, así como el embargo preventivo.
125. Si bien, en la norma anterior a la modificatoria, no se postulaba la motivación de tales medidas, resulta correcto que se haya adicionado este requerimiento. Puesto que, aun cuando nos encontramos ante una comparecencia simple, por ejemplo, se trata de una medida de coerción personal que incide al fin al cabo en una mínima intervención en la libertad (San Martín Castro 2020: 704). En esa línea, el mismo artículo 77-en su modificatoria- exige su motivación.

Si consideramos el artículo 286²² del Código Procesal Penal, podemos cotejar dicho deber de motivación en la comparecencia simple. Pero esto no queda allí,

²² **Artículo 286. Presupuestos**

de acuerdo con la Sala Penal Permanente en la Casación No. 485-2020/Callao, observamos que “se trata de una medida de coerción procesal sujeta a los fines y principios que la rigen, conforme a lo dispuesto en el artículo VI del Título Preliminar del NCPP, que a su vez es concordante con el artículo 2, inciso 24, párrafo b), de la Constitución Política del Perú”²³.

Entonces, se reconoce que la comparecencia tiene fundamento en la Constitución, de allí que se exija su motivación. De manera que, encontrándonos frente a una medida de menor incidencia como la comparecencia simple, qué duda cabe que medidas más gravosas impliquen un mayor nivel de justificación.

3.2.2 ¿Es correcta la afirmación que los árbitros tienen la condición de Jueces y Fiscales y, por ende, deben ser sometidos al mismo procedimiento que un Vocal de la Corte Suprema?

126. El debate respecto a este extremo recae sobre lo contemplado en la Constitución Política del Perú. Así, en el capítulo VIII, referido al Poder Judicial, se establece lo siguiente sobre la Jurisdicción arbitral:

Artículo 138°. Función jurisdiccional

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda norma de rango inferior.

Artículo 139°. Principios de la función jurisdiccional

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

[...]

[El destacado es mío]

127. Antes de comenzar con el análisis si nos encontramos ante lo que la Constitución define como ‘jurisdicción’, debemos determinar cuál será la acepción que tomaremos en cuenta. Desde la doctrina se ha puesto en evidencia la inexactitud del término. Existen autores que señalan que la jurisdicción se sustentaría bajo el entendido que al ejercerla se “dice derecho”; no obstante, ello

1. El juez de la investigación preparatoria dictará mandato de comparecencia simple si el fiscal no solicita prisión preventiva al término del plazo previsto en el artículo 266.

2. También lo hará cuando, de mediar requerimiento fiscal, no concurren los presupuestos materiales previstos en el artículo 268.

En los supuestos anteriores, el fiscal y el juez de la investigación preparatoria deben motivar los fundamentos de hecho y de derecho que sustenten su decisión.

²³ Casación No. 485-2020/Callao de la Sala Penal Permanente, del 31 de agosto de 2021, fundamento 1.4. Disponible en:

<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/09/Casacion-485-2020-Callao-LPDerecho.pdf>

resultaría ser incorrecto, puesto que no resulta suficiente este criterio, si consideramos que cualquier persona especialista en alguna materia en derecho, puede 'decir derecho' (Rivadeneira 1988: 15).

128. Así también, se ha resaltado los argumentos esbozados por Eduardo Couture. En primer término, Couture establece que los órganos del Estado se encuentran investidos con la función pública, siendo que el mismo permite que emitan decisiones con autoridad (Rivadeneira 1988: 15).

129. Por su parte, Ledesma también citando a Couture, recalca la relevancia de la función pública, adicionando el criterio de la ejecución, por el cual aquellos órganos investidos con tal función, en cumplimiento de lo señalado por la ley, fallan respecto a eventuales disputas que ostenten trascendencia para el Derecho (Ledesma 2014: 40)

130. Es de hacer notar este criterio, puesto que va a resultar determinante para afirmar si nos encontramos ante la función jurisdiccional en la actividad de los árbitros.

131. En concordancia con lo que señala Couture, Ledesma señala cuatro acepciones que engloba la jurisdicción, siendo una de ellas la función pública, concebida como aquella agrupación de prerrogativas y responsabilidades que poseen determinadas entidades del sector público (Ledesma 2014: 40).

132. Una vez más, Ledesma, -esta vez citando a Devis- nos detalla las características de la jurisdicción: (i) autónoma, su ejercicio es muestra de la soberanía del Estado; (ii) exclusiva, es el Estado quien la ejerce con 'prescindencia y exclusión'; (iii) independiente; y, (iv) única, sólo existe la jurisdicción del Estado, la misma que se ve reflejada como 'derecho y deber' (Ledesma 2014: 41).

133. Otra nota característica que la profesora subraya, -y que nos va a permitir determinar si efectivamente nos encontramos ante la llamada 'jurisdicción'-, radica en los poderes (Ledesma 2014: 41) con los que estaría unidos aquellas personas que desempeñan la labor jurisdiccional (o siendo más precisos, de la 'función jurisdiccional'):

- 'Poder de decisión': resuelven una disputa con "fuerza obligatoria", siendo que sus decisiones fundan la institución de cosa juzgada.
- 'Poder de coerción': evoca a todos aquellos elementos de los que se puede valer el funcionario para hacer cumplir su decisión. En esa medida, también tienen facultado la posibilidad de hacer uso de la fuerza pública y de imponer sanciones.
- 'Poder de documentación o investigación': ordenar y ejecutar pruebas.
- 'Poder de ejecución': concatenado con la coerción, pero alude específicamente al cumplimiento estricto de los mandatos que se hayan establecido, ya sea que provengan de la emisión de una decisión definitiva, de un título o a la que la ley así califique.

134. Habiendo definido los elementos centrales, conviene retomar lo referido en nuestra norma fundamental. En este numeral 1 del artículo 139, se tienen dos frases: (i) 'La **unidad y exclusividad** de la función jurisdiccional' y (ii) 'No existe ni

puede establecerse jurisdicción alguna **independiente**, con **excepción** de la militar y la arbitral’.

135. Aquí ya podemos estimar lo siguiente: por un lado, se hace alusión a la ‘función jurisdiccional’ y, por otro, a la ‘jurisdicción’. La redacción de la norma ya nos evoca lo que el lector puede presumir, se establece una diferencia entre ambos términos. Se puede apreciar que, la ‘unidad y exclusividad’ concierne a la ‘función jurisdiccional’; mientras que, ‘independencia y excepción’ se encuentran acotadas para aquella ‘jurisdicción independiente’. Con igual criterio se encuentra de acuerdo Ledesma (2014: 42).
136. Si tomamos un paso adicional, en la misma redacción de la Constitución se evidencia la denominación que reciben otros funcionarios unidos con la función pública. Así, podemos encontrar a la función legislativa y ministerial, exclusivas del Poder Legislativo y Ejecutivo, respectivamente.
137. Este análisis no se agota aquí, toda vez que, en artículos posteriores de la Constitución -al igual que con los otros poderes del Estado- en el mismo capítulo del Poder Judicial se apunta otra vez sobre la exclusividad de la función jurisdiccional, siendo que se refiere que la ejecución de la misma resulta discrepante a cualquier otra actividad ya sea pública o privada, con exclusión de la instrucción universitaria.
138. Si analizamos este artículo, observamos que en ella solo se incluyen a los jueces, con lo cual se convierte en un criterio más para considerar que los árbitros no desarrollan una función jurisdiccional, propiamente dicha.
139. Sin perjuicio de ello, y trayendo a colación lo que se encuentra en la norma constitucional, concordamos con la denominación que perfila el profesor Landa cuando señala que el arbitraje constituiría una **‘jurisdicción de excepción’**. En otros términos, dado que la Constitución establece criterios de ‘unidad y exclusividad’ de esta función, no se puede manifestar que el Poder Judicial sean los únicos a los que se haya encomendado dicha labor. De defender esta postura, se rechazaría a otras instituciones que también la ejercen en el cumplimiento estricto de sus funciones, incluido el arbitraje (2007: 32).
140. Así pues, es correcto afirmar que no nos encontramos ante la función jurisdiccional, con todos los elementos que ello implica. De igual manera, tampoco estamos frente a la jurisdicción ejercida por dicha función jurisdiccional. Específicamente, nos encontramos ante una jurisdicción de excepción, así constituida por el reconocimiento que la Constitución establece. Comprendiendo que desde el arbitraje se ejerce dicha función bajo determinados parámetros que las partes así lo acuerden y de conformidad con lo establecido normativamente.
141. Ello no desmerece en lo absoluto el arbitraje, por el contrario, que se encuentre en la norma más importante del Estado verifica el valor constitucional que posee como una vía alternativa para la resolución de un conflicto. Siendo que, encuentra su fundamento en la norma constitucional, pero adquiere su razón de ser por la voluntad de los privados reflejado en el convenio arbitral.
142. Corresponde -luego del análisis para definir cuál es la jurisdicción frente a la que estamos- estudiar a quien dirige esta jurisdicción de excepción; es decir, el

árbitro. A continuación, puntualizamos las diferencias entre un juez y un árbitro. Las mismas estarán dispuestas a tres niveles: personal, deliberante y funcional.

143. Del **carácter personal**, el artículo 20 de la vigente norma de arbitraje exige que la persona instituida como árbitro ejerza sus derechos civiles, asimismo que no tenga una condena por delito doloso y de la nacionalidad, las partes pueden convenir respecto esta.
144. En cuanto a la experticia del eventual árbitro, la norma vigente -artículo 22- estipula que en cuanto se trata de arbitraje nacional, se exige ser abogado, a excepción de pacto diferente. Asimismo, se indica que de ser necesaria la calidad como tal, no se exigirá que pertenezcan a una asociación o gremio de abogados.
145. Por su parte, en la Ley de la Carrera Judicial²⁴, Ley No. 29277, -artículo 4- en los requisitos generales para acceder y permanecer en la carrera judicial se exige ser peruano de nacimiento, el ejercicio de los derechos civiles, con el título de abogado, no tener sentencia condenatoria, entre otros.
146. De los dos artículos, cotejamos que la nacionalidad y el ejercicio de la abogacía hábil son criterios importantes que marcan la primera diferencia entre un árbitro y un juez.
147. En cuanto al **carácter deliberante** valoraremos quienes son los encargados de definir los que ostentarán el cargo de árbitros y jueces. En lo concerniente al arbitraje, tenemos que son las partes quienes los nombran, una institución arbitral o, un tercero a quienes las partes hayan otorgado esa facultad (artículo 22 de la norma vigente).
148. En el caso de la carrera judicial, el nombramiento²⁵ está delimitado por el Consejo Nacional de la Magistratura (artículo 33). De igual manera, para ser instituido como juez se requiere haber superado la evaluación prevista por este organismo, la cual consta de distintas etapas (artículo 42).
149. Por último, en cuanto al **carácter funcional** hacemos alusión a los poderes que fueron desarrollados párrafos anteriores. A manera de recuento, tenemos cuatro poderes que se verifican en la 'jurisdicción': de decisión, de coerción, de documentación o investigación y de ejecución.
150. En cuanto al 'poder de decisión' -como se ha previsto en apartados preliminares- la decisión que emiten los árbitros produce los efectos de cosa juzgada. Así también, normativamente se encuentra en cabeza de los árbitros la "facultad de determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas" (artículo 43 de la norma vigente). Por consiguiente, también poseen este poder de documentación o investigación.
151. Pues bien, donde nos enfrentamos a un notable problema son con los poderes de coerción y de ejecución. Si bien el laudo arbitral tiene efectos de cosa juzgada, los mismos no acontecerán si no contamos con los medios efectivos para su

²⁴ En igual sentido, en la Ley de la Carrera Fiscal, Ley No. 30483, en los requisitos generales para acceder y permanecer en la carrera fiscal (artículo 4).

²⁵ Para la carrera fiscal, también se establece mediante un concurso de selección dirigido por el Consejo Nacional de la Magistratura (artículo 5).

ejecución. Con lo cual, se hace imprescindible acudir a la autoridad judicial para hacer efectiva lo que arbitrariamente ya se ha definido, tal como señala la norma:

Artículo 59.- Efectos del laudo.

[...3. Si la parte obligada no cumple con lo ordenado por el laudo, en la forma y en los plazos establecidos, o en su defecto, dentro de los quince (15) días de notificada con el laudo o con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo, cuando corresponda; la parte interesada podrá pedir la ejecución del laudo a la autoridad judicial competente, salvo que resulte aplicable el artículo 67.

152. Cabe precisar que, con carácter excepcional, la norma también tiene previsto que sea el propio tribunal quien repare el uso de la fuerza pública. Siendo que, la norma lo habilita para que así lo haga, cesando en sus funciones sin que ello implique responsabilidad (artículo 67 de la norma vigente).

153. En suma, respondiendo a la pregunta que motivó el presente apartado, consideramos que los árbitros no poseen la misma condición que los Jueces y Fiscales; por consiguiente, no pueden ser sometidos al mismo procedimiento que un Vocal de la Corte Suprema.

4. Problemas jurídicos del expediente relacionados con el proceso constitucional - hábeas corpus

4.1 Relación de hechos relevantes

4.1.1 De la Acción de Hábeas Corpus

154. El 13 de mayo de 2005, la defensa técnica del señor Cantuarias interpuso Acción de Hábeas Corpus, la cual fue asignada al 39° Juzgado Penal de Lima, con el No. 183-2005. Dicho recurso se motivó contra el fiscal a cargo de la 38° Fiscalía. Los derechos presuntamente vulnerados fueron los de la libertad personal, tutela procesal efectiva y debido proceso, con motivo de la formalización de denuncia por la comisión de los supuestos delitos de falsedad genérica y fraude procesal.

155. En esa línea, en el recurso interpuesto se señalan cuáles constituyen los hábeas corpus que se están accionando, estos son el reparador y el preventivo. El primero resalta el derecho conexo a la concurrencia de elementos suficientes que permitan afirmar que nos encontramos ante la comisión de un delito, derecho a la obtención de una resolución fundada en derecho y el derecho de defensa. El segundo, por su parte, a la posibilidad que a causa de una denuncia 'fraudulenta' el accionante -entiéndase, el señor Cantuarias- vea vulnerada su libertad y su patrimonio, por las medidas que le puedan ser impuestas durante el proceso.

156. En esa línea, el 16 de mayo del 2005, la defensa técnica del señor Cantuarias presentó un escrito adjuntando jurisprudencia con la finalidad de dar mayores aportes a la acción de Hábeas Corpus. Cabe resaltar que, en este escrito la defensa señala que esta acción fue interpuesta, toda vez que, el fiscal titular habría afectado el 'derecho constitucional a una debida y suficiente investigación

preliminar en sede del Ministerio Público' del señor Cantuarias. Ello motivado en que no se recabaron los medios probatorios suficientes que aportaran a contar con los indicios suficientes de la comisión de los delitos imputados.

157. En la declaración ofrecida por el árbitro Cantuarias el 18 de mayo de 2005, manifestó que en el proceso no se le había notificado correctamente. Aunado a ello, señaló que no se habían recabado los medios probatorios pertinentes en el caso.

158. Por su parte, mediante escrito del 18 de mayo de 2005, el fiscal afirmó que el señor Cantuarias había sido válidamente notificado en reiteradas ocasiones, en vista de que, cursó notificaciones a la dirección donde ejercía funciones el tribunal arbitral. De igual manera, destaca que la defensa presentó varios escritos, por lo cual, argumenta que conocía de las notificaciones que le habían sido enviadas. No obstante, no se presentaron a la fiscalía, sino que eligieron presentar sus descargos mediante escritos.

159. Por otro lado, ese mismo día se apersonó al expediente el Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio Público. Asimismo, la defensa técnica presentó mediante escrito las presuntas 'inexactitudes' en las que habría incurrido el fiscal en su declaración del 17 de mayo del 2005.

160. Mediante escrito del 30 de mayo, la defensa técnica del señor Cantuarias solicitó se emita un pronunciamiento respecto al Hábeas Corpus. Aunado a ello, un día después presentó un escrito adjuntando doctrina pertinente que sustentaba la interposición de la acción de Hábeas Corpus.

161. El 07 de junio de 2005, se emitió la sentencia sobre la Acción de Hábeas Corpus, la misma que fue declarada fundada. Siendo que, se declaró insubsistente la formalización de la denuncia y nulas las actuaciones y resoluciones posteriores que hubieran sido realizadas con motivo de dicha formalización. Adicionalmente, se resolvió que la denuncia fuera remitida a la oficina pertinente para que sea otra fiscalía la encargada de conocer el caso.

162. Los principales argumentos de la sentencia emitida se circunscribían en los siguientes puntos:

- La formalización de la denuncia y su conexión con otros derechos fundamentales: en este apartado el Juzgado resalta el principio de inocencia de la que goza un investigado antes y durante el proceso. Es así como, el mismo permite que los investigados no sean objeto de procesos que se encuentren cuestionados, sino que permiten que se realice un proceso acorde al Estado de Derecho.
- Derecho a la tutela procesal efectiva y su incidencia en el caso: en este segundo punto de análisis, el juzgado luego de señalar las actuaciones de las partes y notificaciones cursadas en el proceso afirma que se puede corroborar que se trata de una sola notificación la que resulta ser válida, siendo que respecto a ella no existió una segunda notificación. Un punto adicional por considerar incide en la programación del informe oral, ya que la misma fue agendada con anterioridad, inclusive, de la declaración del investigado. Así también, el juzgado señala entre sus considerandos que no se aprecia una organización en la investigación realizada por el fiscal, en vista de que,

tampoco existe un decreto mediante el cual se señalen las diligencias a practicar en el caso.

- Debido proceso y otros derechos vulnerados: en el proceso se habría generado una situación de indefensión del denunciado, por las limitaciones generadas para su participación al haberse imposibilitado su intervención en el proceso, tales como, no haberse recibido su declaración, no haber señalado fecha para el informe oral de su defensa técnica y no haber obtenido pronunciamiento por parte de la fiscalía respecto a los medios de prueba presentados. Por lo cual, ello también incidía en la vulneración al debido proceso, así como a la igualdad de armas.

163. La sentencia de la Acción de Hábeas Corpus interpuesta fue comunicada al Sexto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, en el Expediente No. 279-2005. El mismo que había dispuesto se abra instrucción en contra del señor Cantuarias.

4.1.2 De la Apelación de la Acción de Hábeas Corpus

164. El 10 de junio de 2005, el fiscal interpuso recurso de apelación contra la resolución que declaró fundada la Acción de Hábeas Corpus promovida por la defensa técnica del señor Cantuarias. Así, el fiscal sustenta su posición sobre la base de dos grandes bloques:

- Primer error de Derecho está delimitado en el debido proceso: en este primer punto, se argumenta que en la sentencia se ha valorado un sentido abstracto del debido proceso. Siendo que, el resultado de este ha sido asignar una gran proyección de este derecho, sin considerar que el mismo debe ser aterrizado caso por caso. En otras palabras, no se ha ponderado de manera correcta los elementos suficientes para atender el pedido del señor Cantuarias.
- Segundo error de Derecho está enunciado por la inaplicación del principio de razonabilidad: este principio no habría sido considerado en el razonamiento esbozado por el juzgado que declara fundada la Acción de Hábeas Corpus. Esto en el entendido de que no se ha desglosado un correcto juicio de adecuación o idoneidad, de necesidad o indispensabilidad y de proporcionalidad.

165. En el mismo sentido, mediante escrito del 13 de junio de 2005, la Procuraduría Pública del Ministerio Público también apeló la sentencia que declaraba fundada la Acción de Hábeas Corpus. Los argumentos del procurador estuvieron fundamentados en tres hechos:

- No concurrencia del accionante para sus declaraciones indagatorias. Pese a que fue notificado en reiteradas ocasiones. El señor Cantuarias, no se presentó en dichas diligencias, aun cuando, se puede presumir que, de acuerdo con los escritos remitidos tenía conocimiento de dichas diligencias.
- El accionante no determina cuando ha culminado el proceso de acopio de pruebas. En otras palabras, es facultad del fiscal determinar cuando ocurre ello. En consecuencia, resulta cuestionable que considere que no se había recabado todas las pruebas pertinentes para el momento en el que se programó el informe oral.

- Respecto al derecho a la prueba del accionante, se debe considerar que el juez realizó un control de la formalización presentada por el fiscal. Esto es, no resulta correcto discernir si se había recabado las pruebas suficientes, ya que fue el juez quien resolvió abrir instrucción.

4.1.3 De la Segunda Instancia

166. El 23 de junio del 2005, el expediente fue remitido a la Cuarta Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima (en adelante, Cuarta Sala) con motivo de los recursos presentados, tanto por la Fiscalía como por la Procuraduría del Ministerio Público. En dicha instancia se le asignó el No. de Expediente 039-05-HC.

167. Así, el 28 de junio del 2005, se programó la vista de la causa para el 12 de julio de ese año. Mediante resolución s/n, del 11 de julio de 2005, la Cuarta Sala concedió el uso de la palabra a cada uno de los actores en el presente caso, con motivo de la solicitud que cursaran cada uno de ellos. Dichos informes orales se realizaron el mismo día en el que se programó la vista de la causa.

168. El 19 de julio del 2005, la Cuarta Sala revocó la sentencia de primera instancia y reformándola declaró infundada la demanda de Hábeas Corpus. Dicha resolución se dividió en dos bloques:

- En primer lugar, destaca la naturaleza de la Garantía de Hábeas Corpus. Así, señala que esta Acción se encuentra vinculada en su esencia a la “protección de la libertad individual de la persona humana”; siendo que, en líneas posteriores afirma que una decisión de fondo se debe delimitar la existencia de la violación de un derecho constitucional, considerando que deben concurrir los siguientes presupuestos procesales, los mismos que paso a citar:
 - Que se tenga certeza del derecho que se quiere proteger.
 - Que se trate de un hecho lesivo presente.
 - Que la arbitrariedad de la conducta sea evidente.
 - Esencia constitucional de los derechos afectados.

Así, el accionante interpone un hábeas corpus preventivo y un hábeas corpus reparador. Con estos se pretende que se detenga la amenaza a la libertad individual del señor Cantuarias, por un lado, y la devolución al estado anterior a la vulneración de los derechos de tutela procesal efectiva y debido proceso, por otro.

- En segundo lugar, de conformidad con la valoración realizada por la Cuarta Sala, ésta determina que el debido proceso y la tutela procesal efectiva no habrían sido vulnerados, ya que desde un principio el fiscal demandado ordenó la ejecución de una serie de diligencias frente a las cuales se generó una participación del señor Cantuarias y de su defensa técnica en la etapa prejudicial. Además de considerarse que se trata de una prerrogativa del fiscal plantear la formalización de la denuncia y formularla ante el juzgado correspondiente.

4.1.4 Del Recurso de Agravio Constitucional

169. El 12 de agosto de 2005, el señor Cantuarias interpuso recurso de agravio constitucional contra la resolución de la Cuarta Sala, toda vez que:

- No emitió pronunciamiento sobre varios derechos vulnerados, tales como el derecho a probar, al contradictorio, a la igualdad de armas, a la obtención de una resolución fundada en derecho y a la observancia del principio de legalidad procesal penal.
- Citaciones que no fueron debidamente notificadas, ya que se notificaron a domicilios distintos y no habrían mediado las 72 horas que se requerían para su notificación.
- Ineficaz ejercicio del derecho de defensa, pues aun cuando se presentaron escritos por parte de la defensa, no se llevó a cabo la declaración indagatoria del señor Cantuarias. Diligencia que cumpliría con una doble función, dar a conocer al investigado los cargos que se le imputan y que se ejercite el derecho de defensa.
- La formalización de la denuncia se realizó sin que se presentaran las pruebas suficientes y necesarias. Sin perjuicio de ello, tampoco fue proveído el pedido por parte de la defensa del señor Cantuarias respecto a la solicitud de las declaraciones de los miembros del tribunal arbitral y de la Secretaria en dicho proceso.

170. De igual manera, el 16 de agosto de 2005, la defensa técnica del señor Cantuarias también interpuso recurso de agravio constitucional.

- En primer lugar, destaca la naturaleza de la declaración instructiva del denunciado de acuerdo con la etapa del proceso en el que nos encontramos, ya sea judicial o prejudicial. Siendo que, ambas tienen por finalidad poner en conocimiento del denunciado los cargos formulados y la ejecución del derecho de defensa, siendo que, en el caso del primero se añade su identificación.
- En segundo lugar, anota argumentos referidos a la actividad probatoria en el caso. Aun cuando la fiscalía no haya recabado las pruebas suficientes y necesarias, -toda vez que dispuso una serie de diligencias, tales como la toma de declaraciones, recibiendo únicamente la declaración del denunciante- decidió formalizar la denuncia.
- Por último, el apartado anteriormente señalado se encuentra unido con el derecho a la defensa, ya que la defensa técnica sostiene que la fiscalía realizó un ejercicio de la acción penal sin recabar las pruebas suficientes y necesarias. De igual manera, respecto a la vulneración del debido proceso, la defensa técnica afirma que es incorrecto lo argumentado por la Cuarta Sala, al hacer referencia a que no existe un proceso que permita evaluar la vulneración del debido proceso. Ello sin considerar un pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional mediante el cual establecen que el debido proceso no solo existe en una etapa judicial, sino también prejudicial, esto es, en sede del Ministerio Público.

4.1.5 De la Sentencia del Tribunal Constitucional

171. El 28 de febrero de 2006, el Tribunal Constitucional emitió sentencia en el Expediente No. 6167-2005-PHC/TC, declarando improcedente la demanda de Hábeas Corpus. Esta sentencia se divide en dos bloques: (i) el marco constitucional de la jurisdicción arbitral y (ii) la actividad fiscal previa al proceso penal.

172. Del primer bloque, los puntos resaltantes fueron los siguientes:

- De conformidad con el artículo 139, inciso 1, no se puede establecer jurisdicción independiente, salvo la arbitral y la militar. Siendo que, en sentido estricto, es el Poder Judicial quienes poseen potestad jurisdiccional, ya que el término jurisdicción ha sido apartado para los órganos estatales quienes son los encargados de impartir justicia. En esa línea, la constitución ha reconocido fueros especiales para una jurisdicción privada, siendo la arbitral una de ellas. Así, el tribunal erige cuatro requisitos para determinar si nos encontramos frente a una jurisdicción:
 - ‘Conflicto entre las partes’
 - ‘Interés social en la composición del conflicto’
 - ‘Intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial’
 - ‘Aplicación de la ley o integración del derecho’

Se puede constatar que la jurisdicción arbitral reúne estos cuatro requisitos, sin embargo, no reemplaza al Poder Judicial, sino que se presenta como una alternativa.

- Esto último se corrobora en su dimensión objetiva, ya que en esta jurisdicción se tiene la supremacía de la Constitución; mientras que, en su dimensión subjetiva, se ocupa de salvaguardar los intereses de las partes. De manera que, considerando que la jurisdicción arbitral es competente para la solución de conflictos, solo se puede acudir a otra vía, siempre y cuando se hayan agotado los recursos en la vía previa.
- Ahora bien, respecto al principio de autonomía de la voluntad que se postula en el ámbito de la jurisdicción arbitral, el tribunal es claro en señalar que no es absoluta, sino que debe ceñirse a valores y principios constitucionalmente señalados. Ello nos conduce a lo segundo, el control constitucional de esta jurisdicción no queda descartado.
- Así, entendida en dichos términos, no existe ‘respaldo constitucional’ que evite que se pueda acudir al ámbito constitucional para el cuestionamiento de una resolución arbitral.

173. Del segundo bloque, los puntos más relevantes fueron los siguientes:

- No se ha desarrollado en el ordenamiento jurídico respectivo cuál será el procedimiento por seguir en cuanto se haya recibido la denuncia o sea conocida la noticia criminal, el tribunal refiere que la actividad del fiscal debe ajustarse a determinados principios y garantías, tales como: ‘principio de interdicción de la arbitrariedad’, ‘principio de legalidad en la función constitucional’ y ‘debido proceso y tutela jurisdiccional’.

- Del Hábeas Corpus Reparador: el demandante promueve este hábeas corpus bajo el entendido de que la investigación del fiscal ha sido llevada a cabo con la vulneración de las garantías del derecho a la tutela procesal efectiva. En este punto, el tribunal señala que las atribuciones del fiscal se enmarcan de acuerdo con las atribuciones que le han sido señaladas de conformidad con las normas correspondientes. Con este argumento, se comprende que la actuación del fiscal no incide directamente en la libertad individual de la persona, la cual es precisamente la razón de ser de un hábeas corpus reparador.
- Del Hábeas Corpus Preventivo: en el extremo de este hábeas corpus, el demandante argumenta que la formalización de la denuncia en su contra se convierte en un apercibimiento a su libertad individual y derechos constitucionales conexos. Frente a lo cual, el tribunal argumenta que no se encuentra en la esfera de decisión del fiscal decidir respecto a alguna medida restrictiva de libertad o de sus derechos conexos.
- Aunado a ello, señala que, tampoco se configura una ‘amenaza cierta o inminente’, ya que la denuncia no vincula al juez. En el mismo sentido, a consideración del tribunal, tampoco nos encontraríamos ante investigación que podría ser cuestionada, pues el demandante fue citado ‘(al menos en una oportunidad)’ y se presentaron solicitudes de reprogramación de los otros miembros del tribunal.

Así también, no se ha dictado un mandato de detención sino un mandato de comparecencia que no puede ser contemplada como una amenaza, toda vez que, ha sido emitida por un juez haciendo uso de las facultades así contempladas.

174. En el fundamento de voto del Magistrado Gonzales Ojeda señala su posición sobre la naturaleza del arbitraje. En esa línea, manifiesta que no se debe entender que el arbitraje o la solución de conflictos de las comunidades campesinas o nativas poseen una cuota de jurisdicción. Solo la jurisdicción estatal posee la característica de universal, ya que inciden sobre cualquier tipo de derecho. Asimismo, sus decisiones generan jurisprudencia y tienen la posibilidad de hacer ejercicio de la fuerza pública para su cumplimiento. Esta situación no se presenta en el arbitraje, ya que ésta última posee una connotación declarativa, que en el caso de incumplimiento las partes se verían en la necesidad de acudir a la vía judicial para su ejecución.

4.2 Presentación de los problemas jurídicos y desarrollo de la posición personal

175. Este apartado se organizará en tres apartados principales: (i) evaluaremos si el hábeas corpus presentado por la defensa técnica del señor Cantuarias estuvo debidamente fundamentado; (ii) analizaremos lo propio del Recurso de Agravio Constitucional; y, (iii) por último, estudiaremos si la jurisdicción arbitral está exenta de control constitucional. Para el desarrollo de cada una de estas problemáticas, desglosamos cada uno de los cuestionamientos referidos a la materia, los mismos que nos permitirán abordar de manera completa los problemas jurídicos presentados.

4.2.1 ¿Fue debidamente fundamentado el Hábeas Corpus?

176. Como punto de partida, corresponde dar contenido al Hábeas Corpus. Así, en la doctrina se distinguen dos nociones: primero, como un derecho fundamental y, segundo, como un proceso. Del primero, se comprende como aquel derecho que poseen las personas de apersonarse ante un juez o tribunal con la finalidad de que se pronuncien respecto a la licitud de la privación de la libertad, y, eventualmente, -de ser considerada ilegal-, ordenar la libertad del afectado. Respecto al segundo, está en su calidad de 'instrumento de protección' en la salvaguarda de la libertad, la misma que es concebida como aquel pilar fundamental de una persona (Oré 2016: 9).
177. En ese mismo sentido, Mesía lo califica como un derecho y proceso, que se encuentra puesto a disposición de cualquier individuo, con el propósito de instar al órgano de justicia la protección de libertad o derecho conexo que se haya visto vulnerado (Mesía 2007: 17).
178. Debemos recordar que la libertad, junto con la igualdad, son los cimientos de un verdadero proceso penal. En ese sentido, comprender ello nos permitirá interiorizar la magnitud e importancia que implica el hábeas corpus. Por consiguiente, debemos concebirla -como tal-, un verdadero proceso por la finalidad de custodia de una de las columnas más importantes para el individuo. De allí también que nos encontremos ante uno de los procesos más antiguos que tenemos. A nuestra legislación ingresó mediante la ley del 21 de octubre de 1897, siendo que en esta primera oportunidad solo tutelaba la libertad individual (Mesía 2007: 13).
179. La acción de Hábeas Corpus **protege** frente a la amenaza o vulneración de la libertad individual o los derechos conexos contra cualquier acto u omisión lesivo que fuera realizado por cualquier autoridad, funcionario o persona. La protección del Hábeas Corpus es muy amplio, tal como puede ser corroborado por el numeral 1, artículo 200²⁶ de la Constitución, como por el artículo 33 del Código Procesal Constitucional, adelante CPCConst., (en concordancia con el anterior Código Procesal Constitucional que disponían los derechos protegidos en el artículo 25)²⁷, artículos que postulan una lista enunciativa de los derechos que protege.
180. Doctrinariamente, también se ha distinguido el alcance de otros derechos fundamentales sobre la libertad individual. Así, se define a ésta última como el objetivo principal de la protección de este proceso; no obstante, su vulneración también importaría la afectación de otros derechos fundamentales que inciden sobre la primera (Gómez 2008: 17).
181. Atendiendo a esta reflexión, se ha perfilado un criterio de conexidad que permite formular el recurso de hábeas corpus. Comprendiendo que esta característica evoca que la protección de derechos conexos es suficiente cuando al vulnerar a estos últimos, dicha afectación alcanza inequívocamente a la

²⁶ **Artículo 200.-** Son garantías constitucionales:

1. La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.

²⁷ Ley No. 28237, anterior Código Procesal Constitucional. Consulta: 15 de mayo. Recuperado de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9510.pdf>

primera. Así, se argumenta que una misma afectación transgrede dos derechos fundamentales (Proceso de Hábeas Corpus 2008: 72).

182. Dicha amplitud también puede ser apreciada en los tipos de hábeas corpus que se pueden promover. Así tenemos, reparador o clásico, restringido, correctivo, preventivo, traslativo, instructivo, innovativo, entre otros. En este punto, será importante adelantar que el análisis en este apartado será de los hábeas corpus reparador y del preventivo, puesto que ambos son los que se alegan en el recurso promovido por el señor Cantuarias.

183. De igual manera, conviene destacar que es tal la relevancia de esta garantía que puede interponerse hasta verbalmente, alejándose de formalidades que impidan su trámite, de conformidad con el artículo 2 del CPConst., (concordancia con el artículo 27 del anterior código).

184. Respecto a los **causales de improcedencia** que pueden acaecer, en el caso del Hábeas corpus, no se instituye como una causal el hecho de que existan vías donde se alcance el mismo objetivo. Tampoco se exige que se hayan agotado vías previas. (numerales 2 y 4, del artículo 7 del CPConst., con correspondencia con los mismos numerales del artículo 5 del antiguo código).

185. Sin perjuicio de ello, sí se aplican las demás causales de improcedencia. Así lo ha destacado en su momento el Tribunal Constitucional al señalar que:

9. [...] al proceso de hábeas corpus le resultan aplicables las causales de improcedencia previstas en el artículo 5° del CPConst., en tanto no contradigan su finalidad de tutela del derecho a la libertad y derechos conexos a ellas y su naturaleza de proceso sencillo y rápido²⁸.

186. Del mismo modo, en el mismo expediente, el colegiado ha señalado en qué casos los jueces constitucionales podrán rechazar desde un principio una demanda de hábeas corpus (fundamento 12).

187. Retomando el análisis, -como se ha señalado en párrafos anteriores- el Hábeas Corpus incide en la libertad y derechos conexos. Del artículo 2, numeral 24 de la Constitución Política, tenemos aquellos derechos referidos a la libertad y seguridad personales. Por su parte, el CPConst., se ha encargado de postular un **numerus apertus de los derechos protegidos**. Ello en virtud del artículo 3²⁹ de la Constitución y la Cuarta Disposición Final y Transitoria³⁰ de la Constitución.

188. Esta protección la podemos constatar en diferentes pronunciamientos del TC en los cuales se desarrolla la vulneración de estos derechos conexos. A manera de ejemplo, tenemos el Exp. No. 2488-2022-HC/TC, mediante el derecho de la verdad encuentra protección como expresión del derecho de la libertad. Asimismo,

²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 06218-2007-PHC/TC-JUNÍN, del 17 de enero de 2008, fundamento 9. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/06218-2007-HC.pdf>

²⁹ **Artículo 3.-** La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

³⁰ **Cuarta.** - Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

se encuentra íntimamente relacionado con la dignidad humana. El motivo de este expediente se formula en el derecho de las víctimas, familias y allegados que padecieron del terrorismo³¹.

189. En la misma línea, el colegiado ha acogido la protección de derecho a la salud, dado su indiscutible relación con otros derechos, como a la vida, a la integridad y, qué duda cabe, al principio de dignidad (Exp. No. 1711-2005-PHC/TC-LIMA)³². De acuerdo con los hechos expuestos, se declaró fundado el recurso interpuesto, toda vez que, al demandante se le había negado en reiteradas ocasiones su solicitud para recibir tratamiento en la ciudad de Lima.

190. Como ya puede observar el lector, el hábeas logra ancorarse en otros derechos conexos en cuanto incidan también en el de la libertad.

191. En su oportunidad, el TC ha dado contenido a cada una de las formas de hábeas corpus, en esa medida, -y respecto de aquellos que en el presente caso se alegan- nos detendremos en el análisis del **reparador y preventivo** (Muñoz 2015: 12).

192. El **Hábeas Corpus Reparador** se encuentra definida en los siguientes términos:

Dicha modalidad se **utiliza cuando se produce la privación arbitraria o ilegal de la libertad física** como consecuencia de una orden policial; de un mandato judicial en sentido lato -juez penal, civil, militar-; de una decisión de un particular sobre el internamiento de un tercero en un centro psiquiátrico sin el previo proceso formal de interdicción civil; de una negligencia penitenciaria cuando un condenado continúe en reclusión pese a haberse cumplido la pena; por sanciones disciplinarias privativas de la libertad; etc.

En puridad, el hábeas corpus reparador representa la modalidad clásica o inicial **destinada a promover la reposición de la libertad de una persona indebidamente detenida.**

[El destacado es mío]

193. Subrayando la finalidad de este hábeas corpus se busca retornar aquella libertad que ha sido ilegítimamente arrebatada (Muñoz 2015: 12). Adicionalmente, desde la doctrina se postula que se trata de una modalidad vertical, ello por un criterio de poder entre autoridad y la persona afectada en su libertad.

194. Dirigiéndonos al caso, en cuanto al tipo reparador, se alega lo siguiente:

En el presente caso, el hábeas corpus reparador se fundamenta en la necesidad de superar las graves VIOLACIONES, por acción y omisión, realizadas por el accionado (entiéndase, el fiscal a cargo de la investigación), en el trámite de la correspondiente investigación preliminar, **afectando gravemente el derecho de mi defendido a la tutela procesal efectiva, es decir al debido proceso que garantiza el derecho de defensa y el derecho a la obtención de una resolución fundada en derecho.**

³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 2488-2002-HC/TC-PIURA, del 18 de enero de 2004, fundamento 20. Disponible en:

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02488-2002-HC.html>

³² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 1711-2005-PHC/TC-LIMA, del 11 de enero de 2006, fundamento 6. Disponible en:

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01711-2005-HC.pdf>

195. Antes de atender si ha sido debidamente fundamentado este hábeas corpus, nos compete traer a colación qué es aquello que se entiende por tutela procesal efectiva. Así, la misma es considerada como la posición de una persona frente a un evento de interés jurídico, en el cual se considera los derechos propios en materia de un proceso³³. En otras palabras, podemos cotejar que la misma condensa aquellos derechos referidos al iter procesal. En el sentido que, al encontrarnos al interior de un proceso, los derechos allí referidos deben ser ejercidos de manera plena.
196. Ahora bien, recordemos que el hábeas corpus reparador está circunscrito a la existencia de una detención indebida, por lo cual su interposición está dirigida - como justamente evoca su nombre- a reponer la libertad despojada. En suma, **¿la supuesta vulneración de los derechos alegados por el demandante ha incidido en una indebida detención que se busque reponer?** Como resulta evidente y la respuesta se da por sentado, no. En la alegación del demandante, no existe libertad para reponer.
197. Es más, no se encuentra en la esfera de decisión del fiscal la imposición de medida en contra de una persona, jurídica o natural. Puede solicitarlas si así cree conveniente; sin embargo, siempre va a ser el juez quien valore y estime bajo una decisión motivada y justificada si lo solicitado se encuentra fundamentado. Basta acudir a la Constitución, donde se encuentran debidamente señaladas cuáles son las atribuciones del Ministerio Público para constatar que ninguna de ellas instaure en cabeza del fiscal alguna facultad de sanción.
198. En suma, respecto al hábeas corpus reparador consideramos que no está debidamente fundamentado, puesto que no existe una persona a quien se deba reponer su libertad.
199. Del **Hábeas Corpus Preventivo**, se tiene en cuenta que:
- Esté podrá ser utilizado en los en que, **no habiéndose concretado la privación de la libertad, existe empero la amenaza cierta e inminente** de que ello ocurra, con vulneración de la Constitución o la ley de la materia.
- Al respecto, es requisito *sine qua non* de esta modalidad que los **actos destinados a la privación de la libertad se encuentran en proceso de ejecución**; por ende, **la amenaza no debe ser conjetural ni presunta**.
- [El destacado es mío]
200. Acotado a estos ‘actos destinados a la privación de la libertad’, en la doctrina postulan que es importante distinguir entre actos futuros remotos y actos futuros inminentes. Los primeros serán aquellos actos que se encuentran en el espectro de lo posible; mientras que los segundos, está un paso adelante de la posibilidad, apreciándose que su ejecución es inminente y en un corto lapso (Oré Guardia 2016: 18).

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 963-2005-HC/TC-LIMA, del 15 de setiembre de 2006. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00963-2005-HC%20Resolucion2.html#:~:text=se%20entiende%20por%20tutela%20procesal,de%20la%20jurisdicci%C3%B3n%20predeterminada%20ni>

201. Dicho de otro modo, este tipo de hábeas se interpone cuando la expropiación de la libertad aún no se ha concretado; en cambio, existe la amenaza inevitable y cierta de dicha que ello sobrevenga.

202. Del Hábeas Corpus Preventivo alegado se tiene lo siguiente:

En el presente caso la amenaza a la libertad personal de Fernando Cantuarias tiene que ver con la posibilidad inminente de que se inicie un proceso penal en su contra en base a una denuncia fraudulenta y violatoria de la Constitución y la legalidad. De consumarse el inicio del proceso penal, Cantuarias quedará sometido a un proceso que en sí mismo afecta su libertad: se pueden dictar medidas cautelares en su contra que afecten su libertad (detención, impedimento de salida del país, obligación de firmar cada fin de mes) o su patrimonio (caución, embargos). Y todo ello sería legítima sino fuera porque la denuncia fiscal viola derechos fundamentales.

203. En su oportunidad, el Tribunal Constitucional ha valorado cuáles son los elementos por considerar para corroborar la certeza de la amenaza inminente en la libertad, así se advierten los siguientes: primero, la proximidad de un suceso transgresor; y, segundo, que este sea palpable³⁴. A propósito de estos criterios, estimando lo que se tiene en el preventivo formulado en el caso, corroboramos que no se aprecia esta amenaza al derecho de libertad individual o algún derecho conexo. A continuación, se enumerará estos criterios:

- Como se ha destacado en el análisis del hábeas corpus preventivo, no se encuentra en la esfera de decisión del fiscal el atributo de sanción. Si bien, en el caso existió una formalización de denuncia y una posterior apertura de instrucción, recae en la esfera de decisión del juez -si luego de valorar la existencia de indicios suficientes- si abre o no instrucción.
- En el apartado del hábeas corpus reparador formulado, el recurrente señala una serie de derechos que habrían sido vulnerados. En vista de que, como se puede corroborar que no hay una libertad por reponer, consideramos pertinente analizar los derechos supuestamente vulnerados en este apartado con la finalidad de valorar si existe o no un eventual peligro en la libertad personal del señor Cantuarias:

En primer lugar, se alega que se ha formalizado la denuncia **sin actuar las pruebas suficientes y necesarias, vulnerando con este acto la tutela procesal efectiva**. Al acudir al artículo No. 9 del CPConst, tercer párrafo -en concordancia con el artículo 4 del anterior CPConst. -se señala que esta tutela condensa diferentes derechos tales como, probar, defensa, contradictorio, obtención de una resolución fundada en derecho, entre otros. ¿Qué tenemos en el caso? El señor Cantuarias se apersonó al caso el 29 de marzo de 2005, nombrando a sus abogados, así como datos adicionales.

De conformidad con la documentación, desde la tercera vez que fue notificado, las mismas eran enviadas tanto a dicho domicilio procesal que señalaron sus abogados, como al domicilio del tribunal arbitral. Así también, conviene tomar en cuenta en más de una ocasión, la defensa técnica del señor Cantuarias presentó escritos, tales como, de reprogramación, solicitando el uso de la palabra, entre otros. Siendo que, de los mismos, -aun cuando fueron

³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 2435-2002-HC/TC-LA LIBERTAD, del 19 de junio de 2003, fundamento 2. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02435-2002-HC.html>

notificados en un solo acto- se solicitó la reprogramación de ambos en días distintos.

También, es pertinente destacar que el mismo día que se reprograma para que rinda su declaración por cuarta vez, presentó el escrito solicitando la reprogramación de la misma. En ese sentido, somos de la opinión que ha existido una continua participación de la defensa técnica.

- Es más, un día después de la fecha en la que debió declarar, es el abogado del señor Cantuarias quien presenta los descargos a la denuncia. Si bien no equivale a la declaración del investigado, resulta ser un indicio para la fiscalía de aquello con lo que el denunciado no se encuentra conforme. Este constituye otro punto que aporta a la actividad de la defensa en el caso. Lo que en buena cuenta va deslegitimando lo señalado por la defensa en el sentido de que el fiscal habría ejercido la acción penal “a escondidas”.

En otros términos, no se puede afirmar que se llevó un proceso ‘oculto’ al conocimiento del señor Cantuarias, ya que él conocía del mismo, prueba contundente de ello, es que se apersonó al mismo. Qué duda cabe que se puede cuestionar el hecho de que no se recibiera la declaración de señor Cantuarias. No obstante, si reparamos entre aquello que se realizó en la investigación y las continuas solicitudes de reprogramación, podemos notar que existen elementos que aportarían para la apertura de la instrucción.

- Otro punto por considerar recae en el hecho de que se puede haber formalizado y posteriormente abierto la instrucción, esto no quiere decir en lo absoluto que se haya omitido la presunción de inocencia que posee. Basta con apreciar el auto para poder observar que, si bien se ha dispuesto la comparecencia restringida, se trata de una de las medidas menos gravosas a la libertad y que fue dispuesta así, valorando cómo se desarrolló la investigación.

Aunado a ello, es importante considerar que, en el mismo auto, el juez señala un punto relevante y que da mayores argumentos a la conducta procesal del señor Cantuarias, referido al ejercicio de su defensa en la investigación preliminar, lo cual también aporta a que no existe la amenaza a la libertad.

Por estas consideraciones somos de la opinión que tampoco se aprecia una eventual amenaza a la libertad del señor Cantuarias, por lo que tampoco debe ser amparado lo referente a un hábeas corpus preventivo.

Aquí es pertinente resaltar que respecto al auto y el hábeas corpus, desde la doctrina se ha anotado lo siguiente: “[...] tratándose de la resolución que abre el proceso penal, la interposición de un proceso constitucional conllevaría a una invasión de la jurisdicción constitucional en lo penal [...] que no es una instancia -en referencia a la jurisdicción constitucional- en la que pueda dictarse un pronunciamiento tendente a determinar si existe, o no, responsabilidad penal del inculpado [...]” (Oré 2011: 22).

4.2.2 ¿Fue debidamente fundamentado el Recurso de Agravio Constitucional?

204. El 39° Juzgado Penal de Lima recibió la Acción de Hábeas Corpus interpuesto por el señor Cantuarias. Tal como fue referido en los hechos, en esta primera

instancia se declaró fundada la Acción, mediante sentencia del 07 de junio de 2005. La misma fue apelada por el fiscal el 10 de junio de 2005. Por su parte, la Procuraduría Pública del Ministerio Público también interpuso la apelación correspondiente.

205. En segunda instancia, la Cuarta Sala conoció los recursos presentados. Se programó la vista de la causa para el 12 de julio, fecha en la que también los actores involucrados en el expediente ofrecieron sus informes orales. Finalmente, el 19 de julio de 2005, la Cuarta Sala revocó la sentencia de primera instancia y la reformó declarando infundada la demanda de Hábeas Corpus.
206. Es en estas circunstancias que el señor Cantuarias interpone el 12 de agosto de 2005 el Recurso de Agravio Constitucional, también conocido como RAC.
207. Por consiguiente, lo que nos corresponde en este apartado es analizar el RAC. En el artículo 202, numeral 2, de la Constitución se tiene que es competencia del Tribunal Constitucional conocer en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y de acción de cumplimiento.
208. Del análisis del artículo y de lo señalado por Castillo, se genera un deber desde la Constitución para el legislador con la finalidad de que edifique un recurso que permita el acceso al máximo intérprete de la Constitución (Castillo 2014: 16). Aunado a ello, este ingreso se daría ante resoluciones denegatorias, esto es cuando las instancias anteriores han negado la protección solicitada.
209. La entrada al Tribunal Constitucional no es un hecho menor, toda vez que, dada la brevedad y urgencia de la tutela constitucional que se postula, permite atender aquellos casos donde la ineficacia de los operadores de justicia ha postergado la debida atención a un derecho fundamental. De manera que, a criterio de la doctrina, el RAC actúa en dos sentidos: por un lado, ratifica el proceso constitucional, en caso se dé la revocación de la decisión anterior; y, por otro lado, en caso confirme la decisión judicial, evita el amparo constitucional que así no atañe (Castillo 2014: 17).
210. Ahora bien, el debate girará en torno a si consideramos que se trata de una tercera instancia o tiene un carácter especial. Existe doctrina que la reconoce como una tercera instancia (Equipo de Investigación de Gaceta Constitucional 2012: 16). En otra doctrina, consideran diferenciarlo de manera precisa. En esa línea, señalan que legislativamente se tiene dos instancias a nivel judicial y otra, constitucional (Castillo 2014: 16).
211. Con igual criterio, y con motivo del precedente vinculante establecido en el Expediente No. 00987-2014-PA/TC (Francisca Vásquez Romero), en la doctrina también se afirma que: “Los magistrados que suscribieron el nuevo precedente parecen entender que el TC no es una instancia ordinaria, como serían las del Poder Judicial. Por consiguiente, la vía para acceder a esta instancia extraordinaria también es excepcional” (Equipo de Investigación de Gaceta Constitucional 2014: 14).
212. Somos de la opinión que el acceder al Tribunal implica una especial atención. En otras palabras, nos encontramos ante una instancia excepcional que importa una especial protección de aquello que estamos alegando. En ese sentido, no nos encontramos ante una tercera instancia ‘a secas’, ya que su finalidad está orientada a proteger en el debido momento a los derechos con la finalidad de

procurar que el daño no devenga en irreparable (Salinas 2010: 15). Asimismo, si acudimos a la Constitución Política del Perú podemos apreciar que se tiene que el TC es autónomo e independiente³⁵. Igual criterio se postula en el artículo 1³⁶ de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional. Por consiguiente, se trata de una instancia excepcional y no de una tercera instancia, sin más.

213. Antes de pasar a considerar las causales de procedencia del RAC establecido en el artículo 24 del CPConst (correspondencia en el artículo 18 del anterior CPConst.), debemos analizar la naturaleza de la RAC. Así, y con motivo de la sentencia del Expediente No. 02877-2005-PHC/TC, Quispe señala que al clasificar al RAC por su naturaleza, estamos hablando de un recurso extraordinario (Quispe 2014: 20). Es pertinente destacar la naturaleza del RAC, toda vez que, distinguidos procesalistas señalan que lo que se pretende con el precedente vinculante referido en párrafos anteriores, es convertir un recurso ordinario en extraordinario.

214. Así, manifiestan que, al ser considerada como uno de carácter extraordinario, no procederá ante cualquier error, sino que deberá superar específicas causales, por consiguiente, “[...] el Tribunal nos estaría exigiendo que el recurso de agravio contenga todos los fundamentos de la demanda, pues de lo contrario se rechazará mediante ‘sentencia interlocutoria’” (Priori 2014: 27).

215. En ese mismo sentido, la profesora Ariano ha manifestado lo siguiente:

[...] es un derecho constitucional del justiciable el tener acceso a esa “instancia” (la tercera) ante el Tribunal Constitucional a los efectos de que se vuelva a juzgar lo ya juzgado. Si esto es así, ni la ley ni el propio TC podrían legítimamente cercenar el acceso a esa tercera instancia constitucionalmente asegurada ya sea a través de “filtros” a aplicarse al recurso que sirve de medio para activar esa instancia o de “atajos” en el procedimiento para llegar a la decisión final [...] los únicos límites legítimos del medios para promover la tercera instancia (constitucionalmente asegura) son, por un lado, la existencia de un plazo para plantear el recurso respectivo y, por otro, que se trate de resoluciones que la Constitución indica, es decir, los límites que están indicados en el artículo 18 CPConst (Ariano 2014: 17).

216. En contraposición, los constitucionalistas han valorado que el precedente postula la estructuración y el abordaje más eficaz de los casos que lleguen al Tribunal Constitucional, estableciendo que se trata de un “[...] espacio excepcional, y que busca la tutela urgente, hay cosas que no debieran discutirse [...]” (Espinoza-Saldaña 2014: 22). Por su parte, la profesora Ledesma también destaca el mismo criterio de tutela urgente dentro de plazos razonables y de aquellos casos “con un contenido constitucionalmente protegido” (2014: 15).

217. Antes de pasar a evaluar el caso, conviene plantear dos puntos centrales. Primero, la finalidad del análisis de este apartado no es evaluar si nos encontramos ante un recurso ordinario u extraordinario. Es un hecho que tenemos el precedente vinculante Francisca Vásquez Romero (STC 00987-2014-PA/TC). De manera que, hasta que se presente otro caso que promueva la modificación de este precedente vinculante, debemos atender las causales adicionales allí establecidas para evaluar la procedencia del recurso de agravio constitucional.

³⁵ **Artículo 201.-** El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años.
[...]

³⁶ Artículo 1.- Definición El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. [...]

218. Segundo, si bien el RAC formulado fue anterior a la emisión del precedente, lo evaluaremos a la luz del mismo con la finalidad de estimar si cumple con las causales establecidas.
219. Mediante el artículo 24 del CPConst., vigente, el RAC tienen dos elementos: (i) procede ante las resoluciones de segundo grado que declaran infundada o improcedente la demanda de este recurso, siendo que, (ii) el afectado tiene el plazo de 10 días -considerado desde el siguiente día de notificada la resolución- para interponerlo.
220. Del caso tenemos que, la Cuarta Sala revocó la sentencia de primera instancia y reformándola declaró infundada la demanda de Hábeas Corpus. Es así como, la defensa técnica del señor Cantuarias formula el RAC. De ceñirnos exclusivamente en estos requisitos, podemos constatar que válidamente se cumplen con los mismos.
221. Ahora bien, estimemos las causales de improcedencia señaladas en el precedente de Francisca Vásquez Romero³⁷. En ella se establecen cuatro elementos adicionales por considerar: (i) falta de fundamentación de la vulneración que se alegue; (ii) que no sea de 'especial trascendencia constitucional'; (iii) contradicción con un precedente; y (iv) que se haya desestimado anteriormente causas iguales.
222. De estos criterios, el más problemático, sin lugar a duda, es el segundo de ellos. ¿Qué podemos considerar que sea de especial trascendencia constitucional? Qué duda cabe que nos encontramos ante un carácter subjetivo para el Tribunal Constitucional, ya que finalmente se encontrará en su esfera de decisión determinar cuáles son los casos que van a ser objetos de tutela urgente.
223. Recordemos, estamos ante un precedente vinculante que determinará cuál será el procedimiento por seguir frente a un RAC. Es de suma relevancia que podamos tener predictibilidad sobre aquellos casos que podrá atender el TC y cuáles no. Es importante referir que a consideración de los magistrados que emitieron este precedente, la emisión del mismo ha sido con la finalidad de atender aquellos casos que realmente merezcan tutela constitucional.
224. Sin perjuicio de ello, al consultar por este precedente, el profesor Espinosa-Saldaña señala que: "El precedente no es 'dogma de fe', pero tampoco está para cambiarse todos los días. [...] Algunos de estos casos que llegarán probablemente serán de naturaleza tal que podrá justificar el cambiar el precedente o por lo menos matizarlo" (2014: 23). Entonces, podemos apreciar que el precedente ha sido emitido con la finalidad de atender casos que -a criterio del TC- deban ser

³⁷ Es pertinente destacar que existe un gran debate respecto a la emisión de esta sentencia, toda vez que, el TC señala que se trata de una 'sentencia interlocutoria denegatoria'. Así, la profesora Ariano destaca la noción de la sentencia interlocutoria. De modo que, al aludir al término sentencia, se hace referencia a una decisión final; mientras que, el auto interlocutorio -nombre que recibía en el primer Código republicano- no tiene el carácter de una decisión final. En esa línea, Ariano continúa su análisis señalando que, para diferenciar el auto de una sentencia, -ante la confusión- se tenía que indicar si era "interlocutoria" o "definitiva". Dado el nombre que ha esbozado el TC, a criterio de la profesora estaríamos ante un "auto definitivo". A ello se suma otro criterio, si consideramos sólo como interlocutorio, no sería una decisión final, por lo que, al llamarla sentencia interlocutoria, la finalidad de la misma es que no sea objeto de impugnación, esto es, de una reposición. (Ariano 2014:18)

amparados; empero que, al presentarse un caso que tenga la virtud de poder modificar dicho precedente, así será.

225. Así tenemos, si evaluamos el recurso de agravio constitucional presentado por la defensa técnica bajo los criterios de las causales señaladas en el precedente, se verifica que si ameritaba evaluar el recurso interpuesto, ya que era la oportunidad indicada para poder pronunciarse respecto a la jurisdicción arbitral e indicar cuáles serán las situaciones extraordinarias que posibiliten que en la jurisdicción ordinaria se pueda discutir una problemática de la jurisdicción arbitral, como ocurre en el presente caso, ya que el mismo se origina por la denuncia promovida de Exploraciones.

4.2.3 ¿Está la Jurisdicción Arbitral exenta de control constitucional?

226. Un apartado importante a considerar recae en la sentencia del Expediente No. 6167-2005-PHC/TC. Tal como se señaló en los hechos, el TC esboza cuatro criterios a considerar para evaluar que nos encontramos ante una jurisdicción de carácter privado. Por su parte, en destacada doctrina se resalta que considerar al arbitraje como una jurisdicción independiente no excluye que la misma se realice al margen de lo constitucionalmente establecido, ya que es exigencia de todo órgano que aplique justicia seguirlos (Ledesma 2014: 372). En ese sentido, se postula que el arbitraje no reemplaza al Poder Judicial, sino que resulta ser una opción para la resolución de conflictos.

227. Aunado a ello, la profesora Ledesma continúa y profundiza afirmando que la naturaleza del arbitraje y las condiciones en las que se ha construido evocan no solo una expresión propia del derecho ejercido entre privado, sino que además tiene un carácter íntimamente ligado a lo que llama como *orden público constitucional* (2014: 372).

228. En esa medida, resultan importantes los lineamientos que se instauran en esta sentencia. Por un lado, consagra el principio de “no interferencia”, contenida en el artículo 139, numeral 2. En ese sentido, en el fundamento jurídico 12 se afirma que, son los propios tribunales en el arbitraje quienes -en el ejercicio de su competencia- pueden desvirtuar la intromisión de cualquier tipo, justificando dicha facultad en el acuerdo y lo determinado por las partes.

229. Esto se condice con los artículos 40 y 41, del Decreto Legislativo No. 1071 (Decreto Legislativo que norma el arbitraje), en concordancia con el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje -Ley No. 26572- (derogada). Ambas normas regulan que el tribunal arbitral es el único competente para resolver respecto a su propia competencia.

230. De igual manera, el TC ratifica el vigor del principio Kompetenz-Kompetenz, bajo el entendido de que sea sobre la cabeza del mismo tribunal donde recaiga la capacidad de resolver cualquier cuestión controvertida que se pueda alegar. Esto con la finalidad de que las partes no pretendan promover un debate sobre alguna decisión en el interior de este ámbito o el cuestionamiento a la competencia de los árbitros. En otras palabras, a lo que se aspira es no se quiera mudar una polémica propia del arbitraje ante un juez ordinario, cuando son los mismos árbitros quienes pueden resolverla.

231. Justamente, es lo que se nos presenta en este caso, donde Exploraciones pretende llevar a un plano penal una polémica que había sido resuelta por los árbitros -en el marco de la competencia que poseen-. No obstante, no solo se aprecia un ánimo por cuestionar el convenio arbitral que así había sido suscrito, sino que luego cuestionan a uno de los árbitros con la finalidad de no someterse al arbitraje que así había sido pactado.

232. Ahora bien, atendiendo a nuestra pregunta, bajo el criterio que el arbitraje también se encuentra bajo el 'orden público constitucional', somos de la opinión que el arbitraje no se encuentra exento de control. Eso sí, no se pretende que el mismo se realice mientras éste se encuentre en ejecución, sino de lo que se trata es que sea con posterioridad al mismo y bajo los criterios que así se encuentran establecidos.



5. Conclusiones

- La recusación es un instituto de naturaleza procesal que, en el arbitraje, permite a las partes debatir respecto a la independencia e imparcialidad de un árbitro. En ese sentido, para que la recusación cumpla con su finalidad se debe presentar razones contundentes. Esto se motiva en el hecho que formular la recusación de un árbitro, al fin al cabo, es el cuestionamiento del arbitraje mismo.

Así, el criterio a debatir en la independencia e imparcialidad estaría circunscrita en el término de 'duda justificada', en el que se atiende criterios objetivos. No obstante, en el criterio de la imparcialidad todavía existirían rasgos de la subjetividad.

De acuerdo con la nueva regulación del arbitraje se tiene que se ha elevado el parámetro para la interposición de la recusación. En vista de que, para formular este instrumento procesal concurren dos elementos: (i) circunstancias que den lugar a dudas justificadas y (ii) no poseer las calificaciones que así son requeridas por las partes o las que son establecidas por las instituciones arbitrales o la ley.

Con motivo a que Exploraciones alegaba que el señor Cantuarias había incumplido el deber de informar la relación de dependencia con el señor Lastres. Si consideramos los criterios que se promueven en el Código de Ética, acotándonos a la circunstancia de "haber brindado servicio profesional o asesoramiento", podemos mencionar que en sí mismo, esta circunstancia no constituye un hecho que aporte a la recusación si es declarada a las partes.

De circunscribirnos en el caso, consideramos que no fue debidamente fundamentado la recusación, en vista de que, no existía una relación directa entre el señor Lastres y el señor Cantuarias.

- Si bien, Exploraciones formuló recusación contra el señor Cantuarias, el mismo fue declarado infundado. Siendo que frente a esta decisión se presentó el recurso de nulidad. Cabe precisar que la resolución que resuelve la recusación es definitiva e inimpugnable. Esta apreciación es correcta, toda vez que, el arbitraje aspira a ser una vía alternativa bajo el criterio de celeridad.

En consecuencia, el recurso de anulación sería la vía más idónea para cuestionar la recusación. En otras palabras, se trata de un cuestionamiento *ex post*, esto es, luego de la emisión del laudo.

- El arbitraje constituye una 'jurisdicción de excepción' porque así ha sido valorada por la Constitución. Asimismo, se debe tomar en cuenta que se ejerce una función jurisdiccional con ciertos matices, con reconocimiento constitucional para ser una vía alternativa para la resolución de conflictos.

Las diferencias entre un juez y un árbitro pueden ser construidos en tres niveles: (i) personal, en la carrera judicial se requiere ser abogado, pero en el arbitraje, esta característica puede ser facultativa; (ii) deliberante, en la carrera judicial, la designación de los jueces está a cargo del Consejo Nacional de la Magistratura, mientras que, los árbitros son designado por las partes, una institución arbitral o, en su defecto, un tercero o a quienes se les haya facultado; y, (iii) funcional, respecto al poder de coerción y de ejecución, se tiene que se deberá acudir a la autoridad judicial para cumplir con aquello que ya se ha decidido en el arbitraje.

En suma, podemos afirmar que los árbitros no pueden ser sometidos al mismo procedimiento que un Vocal de la Corte Suprema.

- De los hábeas corpus formulados (reparador y preventivo) tenemos que los mismos no fueron debidamente formulados, en vista de que no se habría presentado la vulneración de la libertad que alegaba el señor Cantuarias.
- En atención a los criterios del precedente vinculante de Francisca Vásquez Romero, señaladas en el Expediente No. 00987-2014-PA/TC -que si bien, se trata de un precedente posterior al caso, determina causales de procedencia del RAC- consideramos que, en el caso también se corroboran las causales allí establecidas, puesto que, era la oportunidad debida para que el Tribunal Constitucional pueda sentar precedente respecto a la jurisdicción arbitral y cómo debe ser considerado en nuestro medio.

En ese sentido, es de destacar lo señalado en el expediente que es objeto de análisis, ya que nos permite sentar las bases de la competencia de los árbitros respecto a la materia que tratan. Por consiguiente, no se permite la intromisión de terceros en el proceso, ya que, por reconocimiento constitucional, son los propios árbitros quienes pueden dilucidar cualquier cuestionamiento que se pretenda en la contienda.



6. Bibliografía

Doctrina. -

ALONSO PUIG, José María

2007 “Los árbitros: selección, recusación y reemplazo”, En: *Arbitraje*, Lima, Themis, pp. 161-166.

Consulta: 01 de mayo de 2023

Disponible en: https://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/themis/themis_053.html

ARIANO DEHO, Eugenia

2014 Opinión, “¿Nihil sub sole novi? Reflexiones sueltas sobre el primer “precedente” vinculante del “neo” TC”, En: *Nuevos criterios para la procedencia del recurso de agravio constitucional*, Lima: Actualidad jurídica, Tomo 250.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis

2014 “El recurso de agravio constitucional como elemento al servicio de la protección plena de los derechos fundamentales”, En: *El recurso de agravio constitucional: tipología y problemáticas*, Lima, Gaceta constitucional & procesal constitucional, Tomo 79, pp. 15 -18.

CASTILLO FREYRE, Mario y VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo

2007 *Arbitraje: el juicio privado: la verdadera reforma de la justicia*, Editorial Palestra, Lima, Estudio Mario Castillo Freyre.

EQUIPO DE INVESTIGACIÓN DE GACETA CONSTITUCIONAL

2012 “El recurso de agravio constitucional”, En: *El recurso de agravio constitucional*, Lima: Gaceta procesal constitucional, Tomo 1, pp. 15 - 22.

EQUIPO DE INVESTIGACIÓN DE GACETA JURÍDICA

2014 “Rechazo liminar del RAC: ¿Qué casos dejará de conocer el Tribunal Constitucional?”, En: *Nuevos criterios para la procedencia del recurso de agravio constitucional*, Lima, Actualidad jurídica, Tomo 250, pp. 13 - 22.

ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy

2014 “Justificación y alcances del nuevo precedente del TC”, En: *Rechazo liminar del recurso de agravio constitucional: nuevo precedente del TC*, Lima, Gaceta constitucional & procesal constitucional, Tomo 81, pp. 21 - 24.

GÓMEZ SÁNCHEZ TORREALVA, Francisco

2008 *Proceso de hábeas corpus*, Lima: Grijley.

IBERICO CASTAÑEDA, Fernando

2021 *Estudio Introductorio de la impugnación y el recurso de casación en el Nuevo Código Procesal Penal*, Lima: Revista Institucional de la Academia de la Magistratura.

LANDA ARROYO, César

2007 “El arbitraje en la constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en: *Themis Revista De Derecho*, (53), pp. 29-42.

Consulta: 05 de mayo de 2023

Disponible en:

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella

2014 *Jurisdicción y arbitraje*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Tercera edición, Lima.

2014 Opinión, “La mejor manera de defender al ciudadano es privilegiar casos que realmente se requieran proteger”, En: *Nuevos criterios para la procedencia del recurso de agravio constitucional*, Lima: Actualidad jurídica, Tomo 250.

MADRID HORNA, Víctor

2008 “La recusación en su laberinto: el procedimiento de recusación de árbitros en la LGA y en el proyecto modificador”, en: *Libro homenaje a Felipe Osterling Parodi*, Mario Castillo Freyre, coord., Volumen 3, Editorial Palestra.

MARTÍNEZ CÁRDENAS, Irene

2007 “Kompetenz-Kompetenz ¿Quién debe resolver acerca de la validez de un convenio arbitral?” En: *Arbitraje y debido proceso*, Editorial Palestra, Lima, Estudio Mario Castillo Freyre, pp. 57-70.

MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto

2007 “La independencia e imparcialidad el árbitro”, en: *Foro Jurídico*, (7), pp. 67 - 69,

Consulta: 8 de mayo de 2023

Disponible en:

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18458>

MESÍA RAMÍREZ, Carlos Fernando

2007 El proceso de hábeas corpus: desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Lima: Gaceta Jurídica.

MUÑOZ VILLANUEVA, Mario Alfredo

2015 “Las clases de hábeas corpus según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, En: *Tipos de Hábeas Corpus en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Lima: Gaceta Jurídica, 1ra. Edición.

ORÉ GUARDIA, Arsenio

2011 *El hábeas corpus. Temas y propuestas de modificación en el Código Procesal Constitucional*, Lima: Editorial Reforma.

2016 *El hábeas corpus: un enfoque casuístico*, Lima, Gaceta Jurídica, p. 9.

PRIORI POSADA, Giovanni

2014 “El recurso de agravio constitucional y el reciente precedente vinculante del TC”, En: *Rechazo liminar del recurso de agravio constitucional: nuevo precedente del TC*, Lima, Gaceta constitucional & procesal constitucional, Tomo 81, pp. 27 - 31.

PROCESO DE HÁBEAS CORPUS

2008 Lima: Gaceta Jurídica, 2008, p. 72-73.

QUISPE ANDRADE, Yuliano

2014 “Regulación jurisprudencial del RAC por el Tribunal Constitucional”, En: *El recurso de agravio constitucional: tipología y problemáticas*, Lima: Gaceta constitucional & procesal constitucional, Tomo 79, pp. 19 - 33.

RIVADENEYRA SÁNCHEZ, Juan
1988 “¿Jurisdicción Arbitral?”, en: *Themis*, Lima, Themis, pp. 15-19.

Consulta: 05 de mayo de 2023

Disponible en:

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10736/11225>

SALINAS CRUZ, Sofía
2010 El recurso de agravio constitucional, Lima: Gaceta Jurídica.

SAN MARTÍN CASTRO, César
2020 *Derecho Procesal Penal – Lecciones*, Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, Lima, 2da. Edición, Actualizada y aumentada.

Jurisprudencia. -

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
2017 Sentencia Plenaria Casatoria No. 1-2017/CIJ-433. Sentencia: 11 de octubre de 2017.

Consulta: 30 de abril de 2023

Disponible en:

<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/10/Legis.pe-Sentencia-Plenaria-Casatoria-1-2017-CIJ-433.pdf>

SALA PENAL PERMANENTE
2021 Casación No. 485-2020/Callao de la Sala Penal Permanente. Casación: 31 de agosto de 2021.

Consulta: 07 de mayo del 2023

Disponible en:

<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/09/Casacion-485-2020-Callao-LPDerecho.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
2022 Voto singular de los magistrados Gutiérrez Ticse y Ochoa Cardich en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 03223-2021-PHC/TC-AREQUIPA. Sentencia: 04 de octubre de 2022.

Consulta: 01 de mayo de 2023

Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/03223-2021-HC.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
2020 Expediente No. 01731-2018-PHC/TC. Sentencia: 03 de diciembre de 2020.

Consulta: 04 de mayo de 2023

Disponible en:

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/01731-2018-HC.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2008 Expediente N. 01381-2008-PHC/TC. Sentencia: 18 de noviembre de 2008, fundamento 4; haciendo referencia a la sentencia recaída en el Expediente N. 8125-2005-PHC/TC, fundamento 16.

Consulta: 06 de mayo de 2023

Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01381-2008-HC.html>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2020 Expediente No. 01954-2015-PHC/TC-LIMA. Sentencia: 30 de junio de 2020.

Consulta: 07 de mayo de 2023

Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/01954-2015-HC.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2008 Expediente No. 06218-2007-PHC/TC-JUNÍN. Sentencia del 17 de enero de 2008.

Consulta: 09 de mayo de 2023

Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/06218-2007-HC.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2004 Expediente No. 2488-2002-HC/TC-PIURA. Sentencia: 18 de enero de 2004.

Consulta: 09 de mayo de 2023

Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02488-2002-HC.html>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2006 Expediente No. 1711-2005-PHC/TC-LIMA. Sentencia: 11 de enero de 2006.

Consulta: 13 de mayo de 2023

Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01711-2005-HC.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2004 Expediente No. 2663-2003-HC/TC-CONO NORTE DE LIMA. Sentencia: 23 de marzo de 2004.

Consulta: 15 de mayo de 2023

Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02663-2003-HC.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2006 Expediente No. 963-2005-HC/TC-LIMA. Sentencia 15 de setiembre de 2006.

Consulta: 15 de mayo de 2023

Disponible en:

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00963-2005-HC%20Resolucion2.html#:~:text=se%20entiende%20por%20tutela%20procesa%20la%20jurisdicci%C3%B3n%20predeterminada%20ni>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2003 Expediente No. 2435-2002-HC/TC-LA LIBERTAD. Sentencia: del 19 de junio de 2003.

Consulta: 17 mayo de 2023

Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02435-2002-HC.html>

7. Anexos

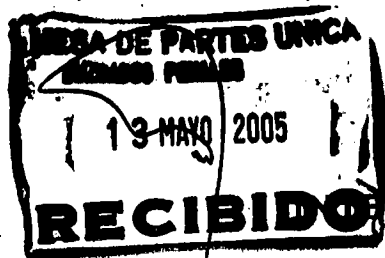
- ANEXO A: Acción de Hábeas Corpus interpuesto por la defensa técnica del señor Cantuarias Salaverry, con fecha de cargo del 13 de mayo de 2005.
- ANEXO B: Descargos del señor Cantuarias frente a la recusación formulada por Exploraciones, del 09 de noviembre de 2004.
- ANEXO C: Resolución No. 75, del 25 de noviembre de 2004, que resuelve infundada la recusación formulada.
- ANEXO D: Resolución No. 97, del 30 de diciembre de 2004, que declara improcedente el recurso de nulidad interpuesto por Exploraciones e improcedente la renuncia del árbitro.
- ANEXO E: Recusación formulada por Exploraciones contra miembro del Tribunal Arbitral, del 29 de octubre de 2004.
- ANEXO F: Formalización de denuncia No. 364-05, de fecha 10 de mayo de 2005, presentada por la Trigésimo Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima, a través de la cual se formuló denuncia penal contra Fernando Cantuarias Salaverry por los delitos de Falsedad Genérica y Fraude Procesal.
- ANEXO G: Formalización de denuncia No. 476-05, de fecha 11 de abril de 2005, presentada por la Trigésimo Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima, a través de la cual se formuló denuncia penal contra Jorge Santistevan de Noriega, Víctor Ávila Cabrera y Fernando Cantuarias Salaverry por el delito de Desobediencia y Resistencia a la Autoridad. El mismo está acompañado del auto de apertura de instrucción, del 11 de mayo de 2005.
- ANEXO H: Sentencia del Trigésimo Noveno Juzgado Penal de Lima, que declara fundada la demanda de Hábeas Corpus, en el Expediente No. 183-2005, del 07 de junio de 2005.
- ANEXO I: Auto de apertura de instrucción del Expediente No. 279-05, del 26 de mayo de 2005, del Sexto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima contra Fernando Cantuarias Salaverry por los delitos de Falsedad Genérica y Fraude Procesal.
- ANEXO J: Apelación de Sentencia que declaró fundada el hábeas corpus, presentada por el fiscal Silvio Máximo Crespo Holguín, con fecha de cargo del 10 de junio de 2005.
- ANEXO K: Sentencia de la Cuarta Sala Especializada en lo penal para procesos con reos libres, en el Expediente No. 039-2005 HC, del 19 de julio del 2005.
- ANEXO L: Recurso de Agravio Constitucional interpuesto por la defensa técnica del señor Cantuarias Salaverry, contra la sentencia de la Cuarta Sala Penal de Lima para procesos con reos libres, con fecha de cargo del 12 de agosto de 2005.

ANEXO M: Sentencia del Tribunal Constitucional, en el Expediente No. 6167-2005-
PHC/TC, del 28 de febrero de 2006.



ANEXO A





Hora 3:51 PM



SEÑOR JUEZ PENAL DE LIMA COMPETENTE

RENEE QUISPE SILVA, abogado de **Fernando Cantuarias Salaverry**, identificado con DNI 01326607, y señalando domicilio para estos efectos en la Casilla del Colegio de Abogados de Lima N° 4363, sito en el 4° piso del Palacio de Justicia de Lima, a usted atentamente digo.

I. ACCIÓN Y PETITORIO

1. Interpongo a favor del Dr. **FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY**, acción de Hábeas Corpus contra el Dr. **SILVIO MÁXIMO CRESPO HOLGUÍN**, Fiscal de la 38ª Fiscalía Provincial Penal de Lima, a quien se le deberá notificar en la Av. Abancay cuadra 5 s/n del Edificio del Ministerio Público, distrito del Cercado de Lima.
2. La presente acción se debe a la flagrante y grave amenaza del derecho a la libertad personal, así como la violación del derecho a la tutela procesal efectiva -violación al derecho de defensa- y al debido proceso, como consecuencia de la arbitraria e irregular denuncia formalizada por el Dr. Crespo Holguín en contra de mi patrocinado FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY, mediante resolución de 10 de mayo de 2005, por los delitos de falsedad genérica y fraude procesal en agravio de Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. y del Estado, respectivamente.
3. Ello sin que el accionado haya siquiera recibido la correspondiente declaración indagatoria del Dr. Fernando Cantuarias Salaverry, ni permitido efectuar sus descargos acompañado del abogado defensor de su elección, conforme lo establece el artículo 139°14 de nuestra Constitución Política del Estado, haciendo además caso omiso a los descargos escritos presentados oportunamente y al pedido de actuación de las pruebas que demuestran la inexistencia de los delitos denunciados. Asimismo, la tramitación de la denuncia en cuestión ha presentado una serie de irregularidades que no sólo comprometen el



derecho constitucional de defensa del Dr. Fernando Cantuarias, sino que constituyen un indicador objetivo de la falta de imparcialidad con que se ha tramitado la correspondiente investigación preliminar.

4. Con ello, el Fiscal accionado ha ejercido la acción penal “a escondidas”, sin realizar actividad probatoria, dando por cierta la versión de la parte denunciante (Cía. Exploraciones Algamarca S.A.), con un apuro inusitado, con gran animadversión. Y lo que es peor todavía, esta NO ES LA PRIMERA VEZ QUE PROCEDE DEL MISMO MODO ILÍCITO, dado que hace menos de una mes, el Fiscal accionado denunció de peor modo al Dr. Cantuarias por desobediencia a la autoridad, sin citarlo una sola vez, “a escondidas”, sin realizar actividad probatoria y sin otorgarle derecho de defensa alguno. Y nuevamente a favor de la misma empresa Cía. Exploraciones Algamarca S.A., empresa de gran poder económico que frente al Fiscal accionado ha tenido el máximo éxito procesal: dos denuncias contra el Dr. Cantuarias tramitadas rápidamente, “a escondidas”, sin derecho de defensa, sin actividad probatoria y asumiendo por cierta la versión del accionante.
5. Frente a estos graves hechos que violentan los más elementales derechos constitucionales de un imputado en sede prejudicial, solicito se sirva admitir a trámite la presente demanda de hábeas corpus a favor de mi defendido Fernando Cantuarias Salaverry y declararla fundada a la brevedad posible. De esa manera y reponiendo las cosas al estado anterior a la violación y amenaza de los derechos constitucionales del Dr. Cantuarias, solicito que la sentencia correspondiente:
 - 5.1 Declare la **INSUBSISTENCIA** de la referida denuncia de 10 de mayo de 2005 formalizada ante el Poder Judicial por el Fiscal demandado contra el Dr. Fernando Cantuarias Salaverry; y,
 - 5.2 en consecuencia, ordene que se notifique al Juez Penal de Lima que asuma la calificación de esta denuncia, para que disponga su **DEVOLUCIÓN** a la 38ª Fiscalía Provincial Penal de Lima.
 - 5.3 Asimismo, la sentencia correspondiente deberá ordenar que, por recibidos los autos, el Fiscal demandado los remita a la Fiscalía Decana correspondiente a fin de que ésta disponga que la denuncia sea calificada por otro Fiscal luego de una verdadera investigación preliminar, donde se respete el derecho de defensa y las garantías del debido proceso que amparan al Dr. Fernando Cantuarias Salaverry.



II. COMPETENCIA Y VÍA PROCEDIMENTAL

6. Según el art. 28 de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional (en adelante CPC), la demanda de hábeas corpus se interpone ante cualquier Juez Penal, sin observar turnos.

III. PROCEDENCIA

La presente demanda de hábeas corpus es procedente porque:

7. Conforme al art. 2 del CPC, la acción de hábeas corpus procede, como se fundamentará en el presente caso, “cuando se amenace o viole los **derechos constitucionales** por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona”. Más específicamente, el art. 25 del CPC establece que el hábeas corpus procede cuando se viola, como se aprecia en el caso del Dr. Cantuarias, el derecho constitucional a la **libertad individual o conexos**, especialmente, como también ocurre en este caso, “cuando se trata del **debido proceso**”.
8. En efecto, como señala el **Profesor Luis CASTILLO CÓRDOBA**, el derecho constitucional al **debido proceso** que ampara el art. 139 num. 3 de la Constitución y que protege directamente el hábeas corpus (art. 25 *in fine* del CPC), implica la **proscripción o rechazo de las actuaciones propias de un PROCEDIMIENTO IRREGULAR**¹ en el que no se han respetado, como sucede en el caso del Dr. Cantuarias Salaverry, las mínimas garantías procesales que ampara la Carta Magna y la legislación ordinaria.
9. Por ese motivo el art. 4 pf. 2 del CPC establece que “El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva”. Siendo que este derecho a la **“tutela procesal efectiva”**, **“comprende el acceso a la justicia y el debido proceso”** (pf. 1 del art. 4 del CPC). Dicho de otra forma, “Este derecho a la tutela procesal efectiva congrega en buena cuenta los conocidos derechos al debido proceso y a

¹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Comentarios al Código Procesal Constitucional. Lima, Ara 2004, p. 390.



Dr
anes

contrario, el procedimiento de hábeas corpus puede interponerse de modo directo e inmediato por su naturaleza constitucional. ~~Es que,~~ como señala **CASTILLO CÓRDOVA**:

“Significa esto que cuando se trate de iniciar un hábeas corpus el afectado no tendrá que preguntarse si en la vía judicial ordinaria existe un procedimiento igualmente satisfactorio que el hábeas corpus, sino que directamente podrá iniciar este”³. Por otro lado, “y con buen criterio, el legislador ha dispuesto que respecto del hábeas corpus no existe vía previa que el agredido deba recorrer y agotar antes de acudir a la vía constitucional. Y si en algún momento se creasen, el agraviado no estará en la obligación de agotar para poder acudir al proceso constitucional”⁴

12. Según el art. 26 del CPC la demanda puede ser interpuesta por la persona perjudicada o, como en este caso, por cualquier otra en su favor, sin necesidad de tener su representación. Tampoco es necesario el pago de tasas u otras formalidades.

IV. ANTECEDENTES

13. Los hechos que motivaron la reciente denuncia por delito de falsedad genérica y fraude procesal en contra del Dr. Fernando Cantuarias se encuentran referidos a su participación en calidad de árbitro, en el marco de un proceso arbitral seguido entre Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. y Minera Sulliden Shahuindo S.A.C., cuyo tribunal arbitral está conformado por los árbitros Jorge Santistevan de Noriega, Victor Ávila Cabrera y el Dr. Fernando Cantuarias Salaverri.
14. Sucede que en este proceso arbitral Compañía Exploraciones Algamarca S.A. recusó al Dr. Fernando Cantuarias porque tendría un antiguo vínculo profesional/laboral con la Dr. Enrique Lastres Bernison (abogado de Minera Sulliden Shahuindo en el proceso arbitral), que comprometería su imparcialidad en el arbitraje. Concretamente se dijo:

- (i) Que el padre de Fernando Cantuarias Salaverri se desempeñaba, conjuntamente con el Dr. Lastres (representante de Minera Sulliden Shahuindo, contraparte de Cía. de Exploraciones

³ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Comentarios al Código Procesal Constitucional, p. 179, comentando el art. 5 inc. 2 del CPC.

⁴ Ibidem, p. 205, comentando el art. 5 inc. 4 del CPC.



Algamarca en el proceso arbitral), como director de otra empresa llamada Cía. Minera Poderosa S.A.

- (ii) Que el Dr. Fernando Cantuarias había ejercido la representación legal de esa empresa Cía. Minera Poderosa S.A. en otro arbitraje instaurado entre dicha empresa y Minera Pataz EPS, en el año 1996.
- (iii) Que ello evidenciaba que existió una relación de dependencia entre el Dr. Lastres y el Dr. Cantuarias ya que el primero de ellos supervisó en 1996 su trabajo y podía decidir su permanencia como abogado externo de Cía. Minera Poderosa S.A.
- (iv) Que el Dr. Fernando Cantuarias Salaverry trabajaba en el estudio de abogados de su padre (Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich Abogados SCRL) que patrocina frecuentemente los intereses de esa tercer empresa Cía. Minera Poderosa S.A.
- (v) Que estos antecedentes habían determinado la conveniencia del Dr. Lastres de designar al Dr. Fernando Cantuarias como árbitro de Cía. de Exploraciones Algamarca, en su calidad de directivo del Instituto Nacional de Derecho de Minería Petróleo y Energía.

15. Frente a esta recusación el Dr. Cantuarias afirmó en su descargo:

- (i) Que el proceso arbitral en el que se desempeñó como abogado de Cía. Minera Poderosa S.A. se dio en el año 1996 entre empresas absolutamente ajenas al proceso arbitral instaurado entre Cía. de Exploraciones Algamarca S.A., Cía. Minera Algamarca S.A. y Minera Sulliden Shahuindo S.A.C.
- (ii) Que no existió dependencia alguna de su parte frente al Dr. Lastres, porque Lastres no podía decidir su permanencia como abogado de Cía. Minera Poderosa S.A. Tal decisión le correspondía al Directorio en su conjunto o a la Gerencia General de dicha empresa, no al Dr. Lastres.
- (iii) Que en junio de 1996 fue designado mediante resolución suprema, publicada en el Diario Oficial El Peruano, como Gerente Legal de la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI), desempeñando dicha función hasta diciembre de 2000, y desempeñándose además como Gerente de



Planeamiento y Operaciones y Coordinador Nacional de la Formalización. Razones por las que él no podía materialmente desarrollar labores en el Estudio de su padre (Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich Abogados SCRL), no podía ser un abogado de planta.

16. Atendiendo estos descargos, el 25 de noviembre de 2004, mediante resolución N° 75, el Tribunal Arbitral conforme a sus competencias y facultades establecidas de manera expresa en el artículo 31 de la Ley General de Arbitraje, declaró INFUNDADA la recusación formulada por Cía. de Exploraciones Algamarca S.A. contra el Dr. Cantuarias.
17. Solo después que el Tribunal Arbitral rechazó la recusación, Cía. Exploraciones Algamarca S.A. introduce por primera vez, de manera irregular y extemporánea, la alegación de que el Dr. Cantuarias era socio del Estudio Jurídico Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich, Abogados, como consta del pedido de nulidad sustancial de resolución de 2 de diciembre de 2004, efectuado por Algamarca.
18. Fue justamente ante esta nueva alegación que el Dr. Cantuarias, mediante escrito de descargo de 9 de diciembre de 2004, procedió a confirmar que efectivamente era socio del mencionado bufete de abogados, de propiedad casi absoluta de su señor padre, pero que, como efectivamente aclaró en su momento, dejó de laborar allí para asumir un cargo público en la Gerencia Legal de la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI) en junio de 1996.
19. Ante esta situación, el Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 97 de 30 de diciembre de 2004, expresamente desestimó la nulidad planteada por Cía. de Exploraciones Algamarca S.A., ratificando que ninguno de los hechos nuevos aducidos por esta empresa podían dar lugar a recusación alguna.
20. Ante este fracaso en la vía arbitral, el 27 de enero de 2005 Cía. de Exploraciones Algamarca S.A., en base a los argumentos expresados por Fernando Cantuarias en su descargo contra la recusación antes referida y el pedido de nulidad, formuló denuncia penal en su contra por los delitos de falsedad genérica y fraude procesal.

V. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA



21. El presente hábeas corpus se plantea bajo dos modalidades, es como **hábeas corpus reparador** y como **hábeas corpus preventivo**. Modalidades que han sido establecidas por el Tribunal Constitucional en la sentencia del expediente N° 2663-2003-HC/TC de 23 de marzo de 2004.

V.1 FUNDAMENTOS DEL HÁBEAS CORPUS REPARADOR: DERECHOS YA VIOLADOS POR EL DEMANDADO

22. Conforme a esta sentencia y a la doctrina procesal constitucional, el **HÁBEAS CORPUS REPARADOR** procede ante la violación de la libertad personal o cualquier otro derecho conexo, ante la acción u omisión de cualquier persona o autoridad. Como señala la Profesora y actual Magistrada de la Sala Penal Especial "C" de la Corte Superior de Lima, Dra. Susana CASTAÑEDA OTSU, en nuestra legislación el hábeas corpus reparador, "se encuentra contenido en el art. 200 inc. 1 (de la Constitución), con la siguiente fórmula 'procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera (...) la libertad o los derechos constitucionales conexos' "⁵.
23. En el presente caso, el hábeas corpus reparador se fundamenta en la necesidad de superar las graves VIOLACIONES, por acción y omisión, realizadas por el accionado, en el trámite de la correspondiente investigación preliminar, **afectando gravemente el derecho de mi defendido a la tutela procesal efectiva, es decir al debido proceso que garantiza el derecho de defensa y el derecho a la obtención de una resolución fundada en derecho.**
24. Como fluye del expediente formado en mérito a la denuncia interpuesta en contra el señor Fernando Cantuarias Salaverry por la presunta comisión del delito de falsedad genérica y fraude procesal (Ingreso N° 364-05), en agravio de Cía. Exploraciones Algamarca S.A. y del Estado, **no se han actuado las pruebas suficientes y necesarias** para crear convicción en el Titular del Despacho de la Trigésimo Octava Fiscalía Provincial de Lima, sobre la concurrencia de elementos suficientes que justifiquen el ejercicio de la acción penal en su contra, de conformidad con lo dispuesto por el art. 94 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

⁵ CASTAÑEDA OTSU, Susana (coordinadora). Derecho procesal constitucional. T. II. Lima, Jurista Editores 2004, p. 614.



25. En efecto, mediante escrito de 9 de mayo de 2005, la defensa del señor Fernando Cantuarias presentó un pedido de actuación de pruebas de esclarecer los hechos materia de denuncia y así poder certificar la licitud de su conducta en el trámite de sus descargos, sin embargo: **DICHO PEDIDO NO FUE PROVEÍDO⁶.**

26. No se cumplió con citar a Jorge Santistevan De Noriega, Víctor Avila Cabrera y Mayte Remy Castagnola (Secretaria en el proceso arbitral). Dichas declaraciones eran de vital importancia toda vez que los mencionados podrían haber aclarado los hechos que sustentan la imputación en contra de Cantuarias Salaverry por delito de falsedad genérica y fraude procesal, es decir: (i) si en el desarrollo del proceso arbitral pudieron advertir alguna conducta de su parte que denotara alguna parcialidad o interés particular en los asuntos que venía en el proceso arbitral; (ii) cuáles fueron los argumentos y de juicio según los cuales se rechazó la recusación, a fin de efectivamente Cantuarias incurrió en falsedades.

PREMIUM ESPECIAL BASICO

ASESORÍA

Católica

UNIVERSIDAD:

Tortiano Hemadas

BACHILLER

Habeas Corpus

MATERIA

EXP. N°:

ANALISTA:

N° DE TOMO 1 DE 2

ó al Tribunal Arbitral a fin de requerirle copias certificadas s escritos presentados en mérito a la recusación formulada del señor Cantuarias y las resoluciones recaídas en dicho fin de corroborar que no existió ninguna conducta irregular que conllevara su recusación.

ó tampoco a la empresa Minera La Poderosa S.A. a fin de ponga a disposición de su despacho el Estatuto de la empresa onocer si efectivamente un Director (en este caso, el señor Binzon) cuenta con la facultad de decidir la contratación y permanencia de un abogado externo, tal como pretende afirmar la parte denunciante.

29. Estas graves irregularidades en el trámite de la investigación, en el sentido que se formalizó denuncia **sin actuar las pruebas suficientes y necesarias** para justificar el ejercicio de la acción penal en contra de mi defendido, vulnera el derecho constitucional a la **tutela procesal efectiva puesto que la acción de Hábeas Corpus, no sólo tutela la libertad en todas sus formas, sino también "los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso"**, como señala expresamente los arts. 4 y 25 último párrafo del Código Procesal Constitucional.

⁶ Anexo N° 19.

10
Dua



30. La doctrina ha expresado sobre el particular que la generación al debido proceso y a la tutela procesal efectiva —mediante el cual se encuentran garantizados los derechos a probar, de defensa, al contradictorio y a la obtención de una resolución motivada en derecho, entre otros—, permite la interposición de la acción de hábeas corpus. De este modo se ha establecido que:

“Esta última parte del artículo 25 del CPC alude a los **derechos conexos a la libertad personal que por mandato constitucional son igualmente protegibles a través de la demanda constitucional de hábeas corpus**. Los derechos constitucionales mencionados especialmente, no lo únicos por lo tanto, son el debido proceso y la inviolabilidad del domicilio (...). Si con una resolución de esas características se ha amenazado o violado el derecho de libertad personal o algún derecho conexo, procederá entonces la demanda de hábeas corpus. No se puede negar que la libertad de una persona puede ser afectada con decisiones en los procesos judiciales que no cumplan con los requisitos fundamentales del debido proceso, y cuya definición legal ha sido prevista en el artículo 4 (CPC)”⁷.

31. Ciertamente, el derecho a un proceso regular desde el punto de vista de la tutela procesal efectiva —mediante el cual se encuentran garantizados los derechos a probar, de defensa, al contradictorio y a la obtención de una resolución motivada en derecho, entre otros—, se encuentra previsto como un supuesto que permite la interposición de la acción de Hábeas Corpus:

“No hay debido proceso, o lo que es lo mismo, existe un proceso irregular, cuando se han afectado cualquiera de los principios o derechos contenidos en el art. 139° CP. Así, por ejemplo, lo han manifestado primero en el caso Juan Tovar Mendoza contra la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Lima; y posteriormente en el caso Manuel Beltrán Rodríguez contra el Cuarto Juzgado Penal de Trujillo. En el primer caso el Tribunal Constitucional declaró improcedente el Hábeas Corpus debido a que la resolución cuestionada no procedía de un procedimiento irregular: “Que como se desprende de las instrumentales (...), la acción judicial que origina la presente acción, fue llevada con sujeción a los principios y derechos de la función jurisdiccional establecidos por el Artículo 139° de la Constitución de mil novecientos noventa y tres”. (...) En el segundo caso mencionado, el Tribunal Constitucional declaró que **“la acción de hábeas corpus no es instrumento ordinario de**

⁷ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Comentarios al Código Procesal Constitucional, pp. 390-391.



revisión de las resoluciones judiciales, y sólo es procedente su ejercicio contra resoluciones judiciales si se comprueba que han emanado de un procedimiento irregular al haber existido afectación al debido proceso en cualquiera de las variantes previstas en el artículo 139° de la Constitución”. De estas declaraciones del Tribunal Constitucional se puede concluir que de los criterios que utiliza el Alto Tribunal para determinar la irregularidad de un proceso son por un lado, la afectación de alguno de los principios y derechos en la administración de justicia contenidos en el artículo 139° CP; y por otro lado que tal afectación se haya producido de manera manifiesta, sin que quepa duda sobre ella (...).”⁸

32. En este orden de ideas, el art. 4 del CPC permite, para este caso en concreto, proteger los derechos constitucionales del Dr. Fernando Cantuarias Salaverry ante la tramitación irregular de la denuncia en su contra y la consecuente formalización la misma ante el Poder Judicial. Como se ha podido demostrar se han conculcado los derechos protegidos por la tutela procesal efectiva en el sentido dispuesto por el art. 4 del CPC.
33. Asimismo, el Dr. Fernando Cantuarias tiene **derecho a la obtención de una resolución fundada en Derecho**, el que ha sido violado en este caso. Como ya se tuvo oportunidad de enunciar, el Fiscal Silvio Máximo Crespo Holguín ha emitido una arbitraria denuncia sin efectuar el proceso de subsunción típica. No establece porqué los hechos que describe son típicos conforme a los arts. 438 y 416 del CP, sólo describe hechos, no hay argumentación jurídica, lo que viola además el principio de legalidad previsto en el art. 2 num. 14 lit. D de la Constitución.
34. Ahora bien, la fundamentación de las resoluciones es un derecho recogido en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución. Así, el Tribunal Constitucional ha establecido que “el derecho al debido proceso incluye dentro de su contenido el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, en cualquier clase de procesos”. Este derecho “garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio

⁸ Ibidem, pp. 140-141.

del derecho de defensa de los justiciables"(...) por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada (...)”⁹.

35. Se ha afectado igualmente el derecho constitucional de mi defendido de ser citado por la autoridad correspondiente y efectuar su descargos asistido con pleno respeto al **derecho de defensa**, conforme lo ordena el art. 139 num. 14 de la Constitución Política del Estado. La sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de abril de 2002, en el expediente N° 1268-2001-HC/TC, ha establecido que el DERECHO DE DEFENSA DEBE RESPETARSE DESDE LA ETAPA PREJUDICIAL, es decir desde la investigación policial y en sede del Ministerio Público. En efecto, la sentencia establece:

“3. De conformidad con el artículo 8.º, inciso 2), literal "c", de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, "[...] Durante el proceso, toda persona tiene derecho en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa". **Este derecho constitucional, por su naturaleza, compone el derecho al debido proceso garantizado en el artículo 139.º, inciso 3) de la Constitución Peruana e implica el derecho a un tiempo "razonable" para que la persona inculpada pueda preparar u organizar una defensa o, eventualmente, recurrir a los servicios de un letrado para articularla o prepararla de manera plena y eficaz.** El enunciado "**Durante el proceso**" mencionado en el citado artículo 8.º debe entenderse que se proyecta, en el caso de procesos penales, también al ámbito de su etapa prejurisdiccional, es decir, aquél cuya dirección compete al Ministerio Público (art. 159.º, inciso 4), Constitución. En consecuencia, **ante la formulación de una denuncia, debe mediar un tiempo razonable entre la notificación de la citación y la concurrencia de la persona citada, tiempo que permita preparar adecuadamente la defensa ante las imputaciones o cargos en contra,** considerándose, además, el término de la distancia cuando las circunstancias así lo exijan”¹⁰.

36. Este principio vinculante para todos los poderes público ha sido reconocido por el Poder Judicial. En efecto, la sentencia del 33º Juzgado Penal de Lima, en el Hábeas Corpus 706-04-HC, declaró fundada la acción el 11 de octubre de 2004 considerando que:

“(…) ante la formulación de una denuncia, debe mediar un tiempo razonable entre la notificación de la citación y la concurrencia

⁹ Ibidem, p. 156.

¹⁰ Anexo 11.



de la persona citada, tiempo que permite preparar adecuadamente la defensa ante las imputaciones o cargos en contra. Quinto: que, siendo esto así, se habría vulnerado el derecho constitucional de defensa (...) al producirse una formalización de denuncia, a escondidas, sin que se haya cumplido con realizar una exhaustiva investigación preliminar, sin citar jamás al señor (...) y sin permitírsele el ejercicio de la defensa con la asistencia de su abogado defensor (...)”¹¹.

37. Esta sentencia fue confirmada el 13 de diciembre de 2004 por la Primera Sala Superior Penal con Reos en Cárcel de Lima, en el expediente N° 315-2004. Según la Sala:

“(…) Frente a esta hermenéutica garantista, cabe invocar referencialmente los artículos trescientos veintiséis y trescientos veintinueve inciso primero del Nuevo Código Procesal Penal que prescribe que el señor Fiscal iniciará la investigación cuando tome conocimiento de la sospecha de la comisión de un ilícito, conocimiento que puede ser proporcionado por cualquier persona a través de una denuncia de parte, asimismo, en sus artículos setenta y uno inciso primero y segundo – A, bajo un nuevo modelo acusatorio adversativo, obliga desde la etapa preliminar que el sindicado conozca de los cargos formulados en su contra a fin de que pueda hacer valer su derecho a la defensa. (...) Es pues, la adquisición de la singular condición de imputado la que convierte a este último en sujeto pasivo del proceso como titular del derecho de defensa que puede, desde ese instante, ejercitar de forma plena (...)”¹².

38. De esta forma, está consolidado el principio constitucional de respeto al derecho de defensa de los investigados a nivel de Ministerio Público, derecho que ha sido violado flagrantemente en el caso que nos ocupa. Fernando Cantuarias NO ha contado con oportunidad alguna para poder ejercer su derecho a la defensa ante las acusaciones realizadas en su contra. Por el contrario, el Fiscal lo ha denunciado sobre la base de la simple versión del denunciante y parece querer castigarlo por la simple especulación de que no habría concurrido a inválidas citaciones de su Despacho. El Fiscal accionado formalizó denuncia contra Cantuarias por los delitos de falsedad genérica y fraude procesal, SIN QUE SE HAYA RECIBIDO SU CORRESPONDIENTE DECLARACIÓN INDAGATORIA, ni se haya permitido realizar sus descargos con relación a los maliciosos términos de la imputación formulada en su contra.

¹¹ Anexo 9.

¹² Anexo 10.



39. Como su Despacho podrá constatar revisando los anexos 8, 9, 10 y 11 del presente escrito y la explicación señalada en el Primer Oficio Digo del presente, **la única notificación válida citaba a Cantuarias para el 5 de mayo, ante lo cual la defensa pidió una nueva fecha y hora, obteniéndose por toda respuesta la denuncia fiscal** por parte del demandado¹³. En efecto, no obstante que la defensa del señor Fernando Cantuarias justificó su inasistencia personalmente ante el Despacho del Fiscal accionado, y éste se comprometió a reprogramar una nueva fecha para la realización de dicha declaración, inexplicablemente, procedió a formalizar la denuncia respectiva en contra de mi defendido, vulnerando su derecho de defensa.
40. Es difícil creer que el Fiscal accionado no tenga conocimiento que el derecho de defensa está relacionado con la existencia de una imputación y no con el grado de formalización de tal imputación¹⁴ (art. 139° Const). Por tanto, es obvio que el derecho de defensa, que se deriva del principio de contradicción íntimamente ligado a la idea de proceso¹⁵, **debe ser ejercido desde el primer acto de procedimiento en sentido lato, es decir, desde el mismo momento que la imputación existe, por vaga e informal que ésta sea. Esto incluye etapas "preprocesales"; vedar durante estas etapas el ejercicio del derecho de defensa es claramente inconstitucional. En efecto, supone una violación del derecho contenido en el artículo 139 num. 14 de la Constitución Política y del art. 4 del Código Procesal Constitucional.**
41. Con todo la formalización de la denuncia contra de Fernando Cantuarias **VIOLA EL CONTENIDO MÍNIMO DE LOS PRINCIPIOS DE LA TUTELA PROCESAL EFECTIVA Y DEL DEBIDO PROCESO: EL DERECHO A PROBAR, EL DERECHO DE DEFENSA, EL DERECHO A CONTRADECIR, LA IGUALDAD DE ARMAS, EL DERECHO A OBTENER RESOLUCIONES MOTIVAS, EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.**

¹³ Ver Anexos 14 y 20.

¹⁴ BINDER, Alberto. Introducción al Derecho procesal penal. Buenos Aires, Ad Hoc 2002, p. 156.

¹⁵ GIMENO SENDRA, Vicente. Constitución y proceso. Madrid, Tecnos 1988, p. 88. *En el mismo sentido* MOROY GALVEZ, Juan. Introducción al proceso civil. Santa Fe de Bogota, Temis 1996, p. 82.



42. Los efectos ilegales de la denuncia fiscal deben de cesar y se debe permitir que la fraudulenta denuncia fiscal de lugar a una calificación judicial cuando expresa en si misma la violación de los derechos constitucionales de Fernando Cantuarias.

V.2 FUNDAMENTOS DEL HÁBEAS CORPUS PREVENTIVO: DE LA GRAVE AMENAZA A LA LIBERTAD PERSONAL

42. Asimismo, la presente acción también se interpone como **HÁBEAS CORPUS PREVENTIVO**, forma aceptada por la citada STC de 23 de marzo de 2004 dictada en el expediente N° 2663-2003-HC/TC. A juicio de la Profa. Susana Castañeda Otsu, el hábeas corpus preventivo está contenido en la fórmula “procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que (...) amenaza la libertad personal o los derechos constitucionales conexos”¹⁶.
43. En el presente caso la amenaza a la libertad personal de Fernando Cantuarias tiene que ver con la posibilidad inminente de que se inicie un proceso penal en su contra en base a una denuncia fraudulenta y violatoria de la Constitución y la legalidad. De consumarse el inicio del proceso penal, Cantuarias quedará sometido a un proceso que en sí mismo afecta su libertad: se pueden dictar medidas cautelares en su contra que afecten su libertad (detención, impedimento de salida del país, obligación de firmar cada fin de mes) o su patrimonio (caución, embargos). Y todo ello sería legítima sino fuera porque la denuncia fiscal viola derechos fundamentales.
44. Por ello, la amenaza descrita es tan real como la violación consumada de sus derechos constitucionales y se debe valorar conforme al principio constitucional de inocencia, a la interpretación extensiva de la defensa de la libertad y a la interpretación restrictiva de la limitación de la misma¹⁷, según se desprende del art. 1 de la Constitución Política del Estado, que establece: “(...) *La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*(...)”.

¹⁶ CASTAÑEDA OTSU, Susana (coordinadora). Derecho procesal constitucional. T. II, cit., p. 614.

¹⁷ LANDA ARROYO, César. Teoría del Derecho procesal constitucional. Lima, Palestra 2003, p. 115.

16
Diciembre



POR TANTO:

A usted señor Juez pido: se sirva admitir a trámite la presente acción de hábeas corpus y, al declararla FUNDADA a la brevedad, declare la INSUBSISTENCIA de la denuncia formalizada por el demandado el 10 de mayo de 2005, disponiendo su DEVOLUCIÓN al Ministerio Público que se realice una verdadera investigación preliminar.

PRIMER OTROSÍ DIGO: adjunto los siguientes documentos en calidad de medios probatorios:

1. Copia simple de mi DNI (ANEXO N° 1).
2. Copia simple del DNI del Dr. Fernando Cantuarias Salaverry (ANEXO N° 2).
3. Copia simple del escrito de descargo presentado por el Dr. Fernando Cantuarias el 9 de noviembre de 2004 ante la recusación formulada por Cía. de Exploraciones Algamarca S.A. (ANEXO N° 3).
4. Copia simple de la Resolución N° 75 de 25 de noviembre de 2004 a través de la cual el Tribunal Arbitral rechazó la recusación interpuesta (ANEXO N° 4).
5. Copia simple del escrito de descargo presentado por el Dr. Fernando Cantuarias el 9 de diciembre de 2004 contra el pedido de nulidad sustancial formulada por Cía. de Exploraciones Algamarca S.A. (ANEXO N° 5).
6. Copia simple de la Resolución N° 97 de 30 de diciembre de 2004 a través de la cual el Tribunal Arbitral declaró improcedente el pedido de nulidad sustancial antes citado (ANEXO N° 6).
7. Copia simple del escrito de nombramiento de abogados del Dr. Fernando Cantuarias Salaverry presentado a la 38ª Fiscalía Provincial Penal de Lima el 31 de marzo de 2005, señalando como domicilio procesal la Casilla N° 4363 del CAL (ANEXO N° 7).
8. Copia simple de la INVÁLIDA 1ª CITACIÓN para que el Dr. Cantuarias ofrezca su declaración indagatoria ante la 38ª Fiscalía Provincial Penal de Lima el 1 de abril de 2005 a las 9 am. Notificación inválida porque se envió a una dirección que no corresponde a su domicilio real ni a su domicilio procesal y fuera del plazo legal de 72 horas de antelación, se recepcionó el 29 de marzo a las 11:09 am (ANEXO N° 8).
9. Copia simple de nuestro escrito de 1 de abril de 2005 pidiendo que la 38ª Fiscalía Provincial Penal de Lima suspenda la investigación contra el Dr. Cantuarias hasta que se resuelva una consulta que estaba en trámite ante la Fiscalía de la Nación (ANEXO N° 9).



10. Copia simple de la **INVÁLIDA 2ª CITACIÓN** para que el Dr. Cantuarias ofrezca su declaración indagatoria ante la 38ª Fiscalía Provincial Penal de Lima el **6 de abril de 2005 a las 9 am**. Notificación inválida porque llegó al día siguiente de la citación, el 7 de abril a las 10:06 am fuera del plazo legal (**ANEXO N° 10**).
11. Copia simple de la **INVÁLIDA 3ª CITACIÓN** para que el Dr. Cantuarias ofrezca su declaración indagatoria ante la 38ª Fiscalía Provincial Penal de Lima el **20 de abril de 2005 a las 9 am**. Notificación inválida porque se envió a una dirección que no corresponde a su domicilio real ni a su domicilio procesal (**ANEXO N° 11**).
12. Copia simple del escrito de 20 de abril de 2005 presentado por la defensa del Dr. Cantuarias solicitando nueva fecha para su declaración indagatoria, toda vez que la notificación que nos comunicó la programación de la diligencia no había cumplido con los plazos legales establecidos (**ANEXO N° 12**).
13. Copia simple de la **1ª y ÚNICA CITACIÓN VÁLIDA** para que el Dr. Cantuarias ofrezca su declaración indagatoria ante la 38ª Fiscalía Provincial Penal de Lima el **5 de mayo de 2005 a las 9 am** (**ANEXO N° 13**). Citación a la que no pudo concurrir el Dr. Cantuarias conforme a la excusa presentada ese mismo día.
14. Copia simple del escrito de 5 de mayo de 2005 presentado por la defensa del Dr. Cantuarias solicitando nueva fecha para su declaración indagatoria (**ANEXO N° 14**).
15. Copia simple del escrito de 20 de abril de 2005 presentado por la defensa del Dr. Cantuarias, solicitando se programe informe oral a fin de sustentar los motivos por los que la denuncia debía archivarse (**ANEXO N° 15**).
16. Copia simple de la notificación de la 38ª Fiscalía Provincial Penal de Lima, citando a la defensa del Dr. Cantuarias a Informe Oral para el 4 de mayo de 2005 a las 9 am, es decir antes de que termine a investigación preliminar, sin que se haya agotado la actividad probatoria (**ANEXO N° 16**).
17. Copia simple de Copia simple del escrito de 4 de mayo de 2005 presentado por la defensa del Dr. Cantuarias, solicitando se programe nueva fecha para informe oral porque la investigación preliminar **NO HABÍA CONCLUÍDO** (**ANEXO N° 17**). Este pedido nunca fue resuelto por el Fiscal demandado, habiéndose obtenido como única respuesta la denuncia contra el Dr. Cantuarias ante el Poder Judicial.
18. Copia simple del escrito de 6 de mayo de 2005, presentado por nuestra parte con los argumentos por los que la denuncia de Compañía Exploraciones Algamarca S.A. debía ser rechazada. Argumentos que ni

18
Diciembre



- siquiera fueron evaluados, positiva o negativamente, demandado **(ANEXO N° 18)**.
19. Copia simple del escrito de 9 de mayo de 2005, presentado por nuestra parte a la 38ª Fiscalía Provincial Penal de Lima, solicitando se actúen distintas pruebas indispensables para el esclarecimiento de los hechos imputados al Dr. Cantuarias como delitos de falsedad genérica y fraude procesal. El Fiscal demandado tampoco tomó en cuenta este pedido de pruebas, simplemente denunció al día siguiente al Dr. Cantuarias **(ANEXO N° 19)**.
 20. Transcripción de la fraudulenta Denuncia Fiscal N° 364-05, de 10 de mayo de 2005, del Fiscal accionado contra el Dr. Fernando Cantuarias Salaverry por los delitos de falsedad genérica y fraude procesal, en agravio de Compañía Exploraciones Algamarca S.A. y del Estado, respectivamente **(ANEXO N° 20)**.
 21. Transcripción de la fraudulenta Denuncia Fiscal N° 476-05, de 11 de abril de 2005, interpuesta por el Fiscal demandado contra Fernando Cantuarias Salaverry y otros por el delito de desobediencia a la autoridad. Denuncia formulada sin investigación preliminar alguna, "a escondidas", de modo ilícito, pendiente de calificación a la fecha en el 11º Juzgado Penal de Lima **(ANEXO N° 21)**.

SEGUNDO OTROSÍ DIGO: Previa a la resolución que ponga fin a la instancia, solicito se me conceda el uso de la palabra por el término de 30 minutos a fin de exponer los argumentos de la presente acción de hábeas corpus. Fundamento mi pedido en los arts. 131, 132 y 155 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Lima, 13 de mayo de 2005

(Handwritten signature)
RENEE E. QUISPE SILVA
 ABOGADO
 CAL. N° 13148

ANEXO B



TRIBUNAL ARBITRAL
RECIBIDO
Fecha: 09/11/04
Hora: 12:55pm
No es señal de conformidad



Anexo 3

21
centen

SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY, identificado con DNI No. 07278958, en su calidad de miembro del Tribunal Arbitral, en la recusación promovida por la **COMPAÑÍA DE EXPLORACIONES ALGAMARCA S.A.**, en el proceso arbitral seguido por **Minera Sulliden Shahuindo S.A.C.** con **Compañía Minera Algamarca S.A.** y **Compañía de Exploraciones Algamarca S.A.**, con el debido respeto digo:

Que, en término oportuno y al amparo de lo dispuesto en el artículo 31° de la Ley General de Arbitraje (en adelante "LGA"), procedo a realizar mis descargos respecto a la recusación planteada por **COMPAÑÍA DE EXPLORACIONES ALGAMARCA S.A.** (en adelante "EXPLORACIONES").

I. ESCENARIO DE LA RECUSACIÓN

EXPLORACIONES afirma la existencia de causa de duda justificada sobre mi imparcialidad o independencia, sustentándola en:

1. Que no habría cumplido con comunicar a las partes acerca de todas las circunstancias que pudieran dar lugar a una posible recusación, como lo impone el artículo 29° de la LGA.
2. Que yo habría sido designado por el Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía a solicitud de **Minera Sulliden Shahuindo S.A.C.** (en adelante "SULLIDEN"), en un proceso que califican de cuestionable.
3. Que el doctor **Enrique Lastres Berninzon** que ejerce la representación legal de **SULLIDEN** es a su vez directivo del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía, entidad que me designó como árbitro.



22
centido

4. Que, considerando que el doctor Enrique Lastres Berninzon es representante legal de SULLIDEN y director del Instituto que procedió a mi designación, esta situación hace manifiesta la falta de idoneidad de mi persona "en razón de existir serias dudas sobre su imparcialidad debido a la innegable conexión existente [entre mi persona] con el señor Enrique Lastres Berninzon y las circunstancias que hoy conocemos y procedemos a relatar".

5. Que esta innegable conexión existente entre el doctor Enrique Lastres Berninzon y mi persona se debe a que el mencionado abogado también se desempeñó como miembro del Directorio de la Compañía Minera Poderosa S.A., conjuntamente con mi señor padre el doctor Fernando Cantuarias Alfaro (Socio Fundador del Estudio Cantuarias).

6. Que, además, la referida empresa Compañía Minera Poderosa S.A. sostuvo un proceso arbitral en el año 1996 con Minero Pataz E.P.S., en el que el suscrito fue contratado para la defensa legal de la Compañía Minera Poderosa S.A.

7. Que, como el señor Enrique Lastres Berninzon era director de Compañía Minera Poderosa S.A., él habría ejercido la codefensa de ese caso, por lo que habría "supervisado" mi actuación como abogado.

8. Lo señalado en el punto anterior implicaría además, que habría existido una relación de dependencia entre mi persona y el doctor Enrique Lastres Berninzon, que no habría sido informado por mi persona a las partes y a los demás árbitros en este proceso.

9. Es más, se afirma que no solo habría una relación de dependencia, sino una "vinculación profesional indirecta entre el Sr. Enrique Lastres Berninzon" y mi persona, que se habría mantenido oculto a las partes.

23
centro



II. CUESTIONES PREVIAS

Señor Presidente, previo a realizar mis descargos, creo conveniente que se consideren las siguientes cuestiones:

1. Debe quedar claro al Tribunal Arbitral que la recusación es por la supuesta existencia de dependencia y por el supuesto vínculo profesional indirecto entre el doctor Enrique Lastres Berninzon y mi persona y no porque supuestamente habría incumplido con informar a las partes de ciertos hechos.

En efecto, el artículo 28° de la LGA sanciona con la recusación tres supuestos taxativos, entre los que no se encuentra, por obvias razones, la falta de cumplimiento del artículo 29° de la LGA (obligación de informar), ya que, como analizaré más adelante, la LGA sólo exige informar aquello que efectivamente puede dar lugar a dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia de un árbitro.

En otras palabras, no cabe una recusación por el simple hecho de alegar el artículo 29° de la LGA, salvo que se demuestre que la falta de información genera dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia de un árbitro.

2. Si bien es cierto en más de una oportunidad se hace mención a mi designación como árbitro por el Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía, entiendo señor Presidente que no se me está recusando por la causal contenida en el inciso 1) del artículo 28° de la LGA (deficiente constitución del tribunal arbitral).

En otras palabras, entiendo del escrito de recusación que no se me recusa porque hubiera sido mal designado por el Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía, sino porque el doctor Enrique Lastres Berninzon



24
cent
alvar

que es directivo de esa Institución tendría vínculos conmigo que hacen dudar acerca de mi imparcialidad e independencia.

3. Esto último señor Presidente es importante, porque la propia empresa recusante reconoce que "desde un inicio se rehusó a realizar la designación de árbitros, toda vez que siempre desconocimos el contrato de fecha 11 de noviembre del 2002 y el convenio arbitral inserto en él", por lo que, "[a]nte nuestra negativa a designar árbitro, éste nos fue asignado por el Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía...".

En ese sentido, si la empresa recusante hubiera querido recusarme por algún supuesto problema derivado de mi designación por parte del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía, lo hubiera podido plantear al amparo del inciso 1 del artículo 28° de la LGA, "inmediatamente después de conocida la causa que la motiva" como exige el artículo 31° de la LGA. Sin embargo, designado que fui hace muchos meses, en momento alguno se me ha recusado por este tema, ya que fui designado por la entidad nominadora de árbitros pactado en el convenio arbitral por las partes, al no haberlo hecho EXPLORACIONES, al parecer por las razones que da en su escrito de recusación.

4. También entiendo que la referencia a mi señor padre, don Fernando Cantuarias Alfaro, es meramente referencial y anecdótica, ya que en momento alguno se ha siquiera deslizado el argumento de que yo sería parcial o dependiente por ser hijo de mi padre. Obviamente señor Presidente, a mis cuarenta años, creo que puede afirmarse, sin necesidad de mayor prueba, que ya no me unen lazos de dependencia hacia mi señor padre, más allá de la admiración, el cariño y el agradecimiento eterno que tiene todo hijo hacia su padre.

21
cent. car



5. Por último, en el punto II.3 de su escrito de recusación, EXPLORACIONES afirma textualmente lo siguiente:

"3. Habiendo designado la parte demandante a su árbitro, quedó instaurado el Tribunal Arbitral, el mismo que debía avocarse a un arbitraje de derecho, caracterizado por la igualdad de condiciones de las partes, al contar cada una con su propio árbitro" (las negrillas con mías, he eliminado las negrillas y el subrayado del texto original).

Llamo la atención de este texto, porque considero importante llamar la atención de que el artículo 18° de la LGA establece que nadie tiene derecho a "su árbitro", simplemente porque, independientemente de la forma de designación, todos los árbitros debemos ser imparciales e independientes a las partes.

En ese sentido señor Presidente, independientemente de que aquí fui designado por la entidad nominadora de árbitros pactada por las partes en su convenio arbitral y aun cuando lo hubiera sido por la propia recusante, lo cierto es que frente a ambas partes de este proceso arbitral yo debía ser, como de hecho soy, independiente e imparcial.

6. En consecuencia, mi recusación está basada en una supuesta dependencia derivada del hecho de que el doctor Enrique Lastres Berninzon (directivo del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía) en su calidad de director de la Compañía Minera Poderosa S.A., allá por el año de 1996 habría ejercido la co-defensa y la supervisor en un caso arbitral en el que participé como abogado de una empresa absolutamente ajena a las de este arbitraje.

Es más, ese mismo hecho, generaría "una vinculación profesional indirecta" entre ambos.

26
Cun... de



III. DEBER DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD

1. El primer párrafo del artículo 18° de la LGA, establece que "[l]os árbitros no representan los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción. En el desempeño de sus funciones tienen plena independencia y no están sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones...". (el subrayado es mío)

2. Como bien afirma Lohmann,¹ la disposición quiere puntualizar que "aunque uno de los árbitros haya sido propuesto por una de las partes y aceptado por la otra, debe desprenderse de todo lazo o interés que pudiera vincularlo a ella, razón por la que se recalcan los deberes de imparcialidad y discreción".

3. Por su parte, el artículo 28° de la LGA establece los supuestos en los que corresponde recusar a un árbitro, a saber:

3.1. El árbitro debe reunir las condiciones previstas en el artículo 25° o en el convenio arbitral y no debe estar incurso en algún supuesto de incompatibilidad conforme al artículo 26° de la LGA.

3.2. El árbitro no debe estar incurso en alguna causal prevista en el reglamento arbitral al que se hayan sometido las partes.

3.3. No deben existir hechos o circunstancias que den lugar a dudas justificadas acerca de la imparcialidad e independencia del árbitro.

4. En el presente caso, como ya indiqué y consta expresamente del contenido de la recusación, se me imputa la causal contenida en el inciso 3) del artículo

A handwritten signature in black ink, appearing to be a stylized name.

¹ Juan G. Lohmann Luca de Tena, "Ley General de Arbitraje: Unas Glosas de Urgencia". En: Informativo Legal Rodrigo, No. 80, Lima, 1993, p. 2.28.



28° de la LGA: "Cuando existan circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia".

5. Sobre este particular, Tupman² explica que conceptualmente existe una diferencia entre "independencia" e "imparcialidad", ya que la "parcialidad" está referida a un interés del árbitro en la controversia (v. gr. haber opinado legalmente del caso), mientras que la "independencia" está mas vinculada a pasadas o actuales relaciones profesionales, comerciales, familiares o sociales entre el árbitro y una de las partes, sus familiares o asesores.³

6. En esta recusación, entiendo señor Presidente que se alegaría una supuesta dependencia, por la supuesta existencia de pasadas relaciones profesionales entre el doctor Enrique Lastres Berninzon y mi persona.

7. Sin embargo, verifiquemos en primer lugar que los hechos alegados para mi recusación, se limitan a identificar que en el año de 1996 mi persona como abogado del Estudio Cantuarias intervino como abogado en un caso arbitral seguido por la Compañía Minera Poderosa S.A. contra la empresa Minero Pataz

² W. Michael Tupman, "Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Commercial Arbitration". En: *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 38, 1989, p. 29. "Conceptually, there is a distinction between 'impartiality' and 'independence'. An arbitrator can be partial if he has some relationship to the subject matter in dispute, such as an acknowledged predisposition regarding the legal issues to be decided. One obvious example is if he has previously rendered a legal opinion on one of those issues... Independence connotes some prior or current relationship with one of the parties or its legal adviser, either business, professional or social. Municipal statutes and the case law, however, tend to use the terms impartiality and independence interchangeably...".

³ Guillermo Aguilar Alvarez, "The Challenge of Arbitrators". En: *Arbitration International*, Vol. 6, No. 3, 1990, p. 214. "Generally it is held that independence involves the relationship between the arbitrator and the parties, whilst impartiality -thought of more as the essential ethical duty of the arbitrator - concerns the relationship between the arbitrator and the subject matter of the dispute, or the adoption of a position in favour of one of the parties". Tibor Várady, John J. Barceló, III & Arthur T. von Mehren, "International Commercial Arbitration", West Group, St. Paul, Minnesota, 1999, p. 277. "One may lack independence because of the existence of personal, affective or financial interests and ties with one party, directly or indirectly interwoven. Attention should thus be focused on professional, family and social relations likely to curtail the arbitrators' independence or even allow the impression that such independence is endangered".



E.P.S.; decir, se trató de un proceso arbitral desarrollado hace OCHO AÑOS, entre empresas absolutamente ajenas a esta controversia.

8. Como obviamente ese simple hecho no ameritaría infracción alguna a las reglas de la independencia y la imparcialidad, la recusante afirma la existencia de una supuesta dependencia, simplemente porque en aquella época el doctor Enrique Lastres Berninzon era director de la empresa Compañía Minera Poderosa S.A., empresa que a su vez era cliente del bufete de abogados en el cual desarrollaba, en aquella época, mi ejercicio profesional.

Es más, afirma la recusante que la posición del doctor Lastres habría sido una de "codefensa del caso" y que, además, me habría supervisado.

9. Señor Presidente, una empresa totalmente ajena a las de esta controversia contrata a un bufete de abogados para que se encargue de su defensa legal en un arbitraje allá por el año de 1996 y, en mi calidad de abogado de ese bufete de abogados, se me asignó la prestación específica del servicio legal a la empresa Compañía Minera Poderosa S.A.

En ese sentido, entiendo señor Presidente que hablar de "codefensa del caso" por parte de uno de los directores de la empresa que ha contratado los servicios profesionales de un bufete de abogados no se ajusta a la realidad de las cosas.

10. Podría, sin embargo, afirmarse que como el doctor Enrique Lastres Berninzon era director de la empresa Compañía Minera Poderosa S.A., en su calidad de tal podía decidir la permanencia del bufete de abogados en el que laboraba en la prestación del servicios profesional al que fui asignado para el caso.

Ello en todo caso no es cierto señor Presidente, porque el señor Enrique Lastres no podía decidir esa permanencia en la prestación del servicio profesional, sino



29
centa

que esa decisión correspondía en exclusiva al Directorio o la Gerencia General de Compañía Minera Poderosa S.A., órganos absolutamente independientes y ajenos a la persona del señor Lastres.

11. En ese sentido, mi intervención como asesor legal prestando un servicio profesional allá por el año de 1996 a una empresa totalmente ajena a las que participan en este arbitraje, no generó y menos genera un supuesto de "codefensa del caso" o un supuesto de "supervisión" por parte del doctor Enrique Lastres Berninzon hacia mi persona.

12. En el mismo sentido, ¿es posible afirma la existencia de una supuesta vinculación profesional indirecta (como la denomina la recusante) entre el doctor Enrique Lastres Berninzon y mi persona, si quién me contrató para ejercer mi servicio profesional fue la empresa Compañía Minera Poderosa S.A.?

13. Es más señor Presidente, aun en el hipotético y negado caso que fuera posible afirmar que los hechos identificados en la recusación identificarían una supuesta "codefensa del caso", una "supervisión" del doctor Lastres hacia mi persona y una supuesta "vinculación profesional indirecta" entre ambos, lo cierto es que estos supuestos vínculos se habrían producido a principios de 1996 (hace más de ocho años), no habiendo afirmado la recusante y menos probado, que esos supuestos vínculos se mantuvieran en la actualidad o en un pasado reciente.

14. Señor Presidente, es de público conocimiento que en junio de 1996 fui designado mediante Resolución Suprema publicada en el diario oficial El Peruano como Gerente Legal de la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI), habiéndome mantenido en dicha entidad pública hasta diciembre de 2000, en los cargos adicionales de Gerente de Planeamiento y Operaciones y Coordinador Nacional de la Formalización, respectivamente.



30
Ortega

Una vez culminado mi trabajo en dicha entidad pública, en enero de 2001 fui designado Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), entidad en la que laboro y en la que comparto mi tiempo como árbitro en decenas de procesos arbitrales.

15. Justamente señor Presidente mi experiencia profesional de los últimos ocho años, a la que se suma mi posición como Decano de una prestigiosa facultad de derecho, es lo que me ha permitido y me permite participar exclusivamente como árbitro en decenas de procesos arbitrales, ya que difícilmente puedo estar ante un supuesto de dependencia o imparcialidad.

16. En el presente caso señor Presidente y como transparentemente lo informé a todas las partes y los miembros del Tribunal Arbitral mediante comunicación de 28 de junio de 2004, acepté y mantengo mi posición como árbitro, ya que no he mantenido ni mantengo vínculo alguno con alguna de las partes, sus representantes y abogados que pudiera afectar mi absoluta imparcialidad e independencia.

17. En consecuencia señor Presidente, entiendo que no existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas acerca de mi imparcialidad e independencia.

18. Muy bien, ¿cambia en algo mi afirmación, el hecho que no haya informado al Tribunal Arbitral y a las partes acerca del proceso arbitral de 1996 seguido por Compañía Minera Poderosa S.A. con Minera Pataz E.P.S.?

IV. Deber de información

1. El artículo 29° de la LGA, establece que "[l]a persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a una posible recusación, y el árbitro, desde el momento



31
punto

de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes...

Las partes pueden dispensar las causas de recusación que conociera y, en tal caso, no procederá recusación o impugnación del laudo por tales motivos".

2. Como explican *Fouchard Gaillard Goldman*, el propósito del deber de información es el de asegurar que las partes puedan recusar a un árbitro, cuando consideren que éste no posee o ya no reúne las condiciones de independencia e imparcialidad necesarios.⁴

3. Sin embargo, esto no significa que los árbitros se encuentran obligados a revelar con lujo de detalle su biografía comercial o personal, sino que simplemente tienen que informar sobre hechos y/o circunstancias relacionadas con las partes y el conflicto que pudieran dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad e independencia.

4. En el presente caso señor Presidente, yo no me encontraba obligado a informar del proceso arbitral seguido por Compañía Minera Poderosa S.A. y Minero Pataz E.P.S., simplemente porque, independientemente de su antigüedad, ninguna de las dos empresas es parte directa o indirecta de este proceso arbitral.

Por tanto, si mi participación como prestador del servicios de asesoría legal a la empresa Compañía Minera Poderosa S.A. en 1996 no da lugar a duda justificada alguna acerca de la imparcialidad e independencia, con mayor razón, entonces, no había por qué informarlo a las partes.

5. Es más señor Presidente, asumamos por un momento que debí informar acerca de este proceso arbitral seguido por dos empresas totalmente ajenas a

⁴ *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Emmanuel Gaillard & John Savage (Eds.), 1999., p. 573. "The purpose of the arbitrator's duty of disclosure is to ensure that the parties are able to challenge that arbitrator if, in their view, the arbitrator does not meet (or no longer meets) the applicable conditions of independence and impartiality".



32
minha

esta controversia. ¿Acaso la falta de información implica per se la procedencia de la recusación?

6. Entiendo en base a la LGA que la respuesta es que no, porque no basta identificar que un árbitro no ha informado un hecho, sino que, además, hay que demostrar la existencia de un peligro real de parcialidad o dependencia derivado de la falta de información.

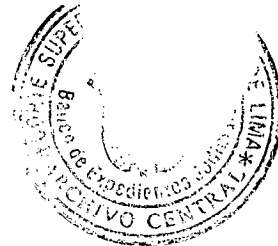
7. En efecto, Craig, Park & Paulsson destacan un fallo emitido por una Corte de Apelaciones inglesa, en los seguidos por AT&T Corporation y Lucent Technologies c. Saudi Cable Company, resuelto recientemente en el año 2000.⁵

En este caso, una de las partes descubrió que el Presidente del Tribunal Arbitral (un distinguido árbitro del Canadá), era director de Nortel (una empresa competidora directa de AT&T). Si bien el árbitro había informado de este hecho al Centro de Arbitraje, lo cierto es que la entidad arbitral no lo había transmitido a las partes.

Sin embargo, la Corte consideró que esa circunstancia no informada (ser director de Nortel), no era suficiente razón para recusar al árbitro (en este caso, anular el laudo arbitral por el mismo motivo), ya que necesariamente había que demostrar, además, que efectivamente el hecho no informado generaba una duda justificada acerca de la imparcialidad e independencia del Presidente, por lo que el incumplimiento en el deber de información era intrascendente.⁶

⁵ W. Laurence Craig, William W. Park & Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3era. Ed., Oceana Publications, Inc./ICC Publishing SA, 2000, p. 222. "The English Court of Appeal's decision in AT&T is an important contribution to the jurisprudence concerning arbitrator challenge. On the issue of disclosure the Court conditioned the setting aside of the award for a failure of disclosure on some showing of a real danger of bias from the failure, which was lacking in the matter before them. The pragmatism of the approach should serve to preserve the efficacy of awards from attack based on purely formal failures of disclosure".

⁶ Andrew I. Okekeifere, "Appointment and Challenge of Arbitrators Under the UNCITRAL Model Law: Part 2: Challenge". En: *International Arbitration Law Review*, Vol. 3 No. 1, 2000, p. 13. "Doubt... are reasonable doubts, not foolish or imaginary doubts. Therefore, circumstances that cannot give rise to reasonable doubts need not be disclosed".



33
pink

8. En consecuencia, no cabe recusar a un árbitro simplemente porque no informó de un hecho que luego una de las partes saca a la luz.

9. En el presente caso señor Presidente, insisto que el no haber informado acerca de que fui contratado para prestar una asesoría legal a una empresa totalmente ajena al presente caso en un arbitraje seguido frente a otra empresa también extraña a esta controversia en 1996, en nada perjudica mi situación de independencia e imparcialidad, simplemente porque no se trata de un hecho que tenía por qué revelar.

En conclusión señor Presidente, me ratifico que soy plenamente independiente e imparcial frente a ambas partes de esta controversia.

Me ratifico también que no he mantenido ni mantengo relación alguna con el doctor Enrique Lastres Berninzon. La única oportunidad en la que he tenido alguna relación con dicho profesional, fue cuando cursé la asignatura universitaria "Derecho Minero" en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, curso que llevé, junto con más de 80 de mis compañeros de promoción allá por el año de 1987 o 1988, en una típica relación profesor-alumno. Cabe aclarar que también tuve la misma relación profesor-alumno, con el doctor Gonzalo García Calderón, quién dictó el curso de Arbitraje en la misma escuela de leyes en el año de 1988. Obviamente señor Presidente, esta información no tenía por qué ser revelada, ya que no genera vínculo alguno con ninguno de ellos, salvo por el recuerdo grato de todos mis excelentes profesores durante mi periodo como estudiante universitario.

POR TANTO:

A Ud. señor Presidente, ruego tener por presentados mis descargos a la recusación planteada a mi persona.

ANEXO C





Anexo 4
34
sentencia

Arbitraje Ad hoc
SULLIDEN - ALGAMARCA

Resolución N° 75

25 de noviembre de 2004

VISTOS:

1. Mediante escrito de fecha 2 de noviembre del 2004, la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. (en adelante "EXPLORACIONES ALGAMARCA"), formula recusación en contra del árbitro Fernando Cantuarias Salaverry, alegando existencia de causa de duda justificada sobre su imparcialidad o independencia. EXPLORACIONES ALGAMARCA afirma que las partes tienen derecho de contar cada una con su árbitro y que el árbitro Cantuarias había sido nombrado por el Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía ante la negativa de su parte de nombrar árbitro y que, como consecuencia de ello, existe un "árbitro impuesto" que tenía la obligación de informar de todas las circunstancias que originaran dudas justificadas sobre su imparcialidad, deber que, considera la recusante, fue abiertamente incumplido por el referido árbitro.

2. EXPLORACIONES ALGAMARCA alega asimismo que el doctor Enrique Lastres Berninzon es representante legal de Sulliden Shahuindo SAC y simultáneamente directivo del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía que fuera encargado de la designación del árbitro recusado. Alega también que el doctor Lastres se desempeñaba como director de Compañía Minera Poderosa, empresa en la cual era director el doctor Fernando Cantuarias Alfaro socio fundador del Estudio Cantuarias, el cual fue contratado por la referida compañía para el patrocinio en un procedimiento arbitral contra Minero Pataz EPS, habiendo ejercido la defensa el doctor Fernando Cantuarias Salaverry; que siendo el doctor Lastres "director legal" de la misma había "prácticamente" ejercido la codefensa del caso al ser supervisor del doctor Fernando Cantuarias Salaverry. Como consecuencia de ello, advierte EXPLORACIONES ALGAMARCA, se evidencia la existencia de una relación de "dependencia" entre el doctor Lastres y el árbitro recusado, todo lo que se omitió informar eludiendo la obligación señalada en el artículo 29° de la Ley General de Arbitraje.

3. EXPLORACIONES ALGAMARCA presenta como medios probatorios el mérito de las instrumentales siguientes:



35-
mantenir

(i) Testimonio de la escritura pública de fusión por absorción otorgada por Cía. Minera Poderosa S.A. y otras cuatro compañías mineras controladas al 100% por Cía. Minera Poderosa de fecha 20 de diciembre de 1996, en la que en una de las actas insertas a la escritura pública aparecen como accionistas el doctor Fernando Cantuarias Alfaro y el doctor Enrique Lastres Berninzon. Si bien el mérito de dicho instrumento es mencionado como causa de la recusación, se indica que el padre del árbitro recusado es accionista en una sociedad en donde el doctor Enrique Lastres Berninzon también es accionista. De la lectura del instrumento se constata que los mencionados abogados aparecen como accionistas minoritarios de Cía. Minera Poderosa, sociedad que en dicha oportunidad era controlada por la familia Arias Dávila;

(ii) Copia de los actuados en el proceso arbitral seguido por Cía. Minera Poderosa S.A. con Minera Pataz EPS en la cual se acredita que el árbitro recusado actuó como abogado de Cía. Minera Poderosa.

Efectivamente, de la lectura de la copia presentada se constata que el árbitro recusado representó a Cía. Minera Poderosa en el proceso arbitral seguido contra Minera Pataz EPS. Asimismo, aparece de las propias copias presentadas que la demanda arbitral fue presentada el 20 de abril de 1995 y que con fecha 30 de mayo de 1995 Minera Pataz EPS presenta desistimiento de la demanda arbitral y que la intervención del árbitro recusado como abogado de Cía. Minera Poderosa se limitó a señalar la incompetencia del Tribunal Arbitral y el desistimiento presentado.

(iii) Copia de la resolución de un Tribunal Arbitral de donde se colige que el Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía funcionaba en la oficina del doctor Enrique Lastres Berninzon por lo que se aduce puede existir la vinculación del referido doctor Lastres con el Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía que, en cumplimiento del convenio arbitral que da lugar al presente arbitraje, nombra árbitro al doctor Cantuarias Salaverry en rebeldía de la demandada.

4. Mediante escrito de fecha 8 de noviembre de 2004, el árbitro recusado niega la recusación y presenta descargos indicando la diferencia entre independencia e imparcialidad. Interpreta que la parcialidad supone un interés del árbitro en la controversia (o debe entenderse en el resultado de la misma) en tanto que la independencia está vinculada a la existencia de relaciones profesionales, comerciales, familiares o sociales entre el árbitro y una de las partes sus familiares o asesores. Que los hechos se limitan a indicar que en 1996 intervino como abogado del Estudio Cantuarias en el caso arbitral ya referido; que el Director Lastres no podía decidir

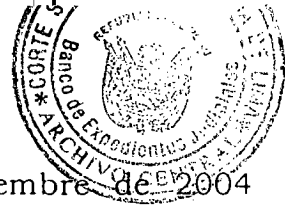


36
Lastres

la contratación del Estudio Cantuarias sino que era la propia sociedad la que decidió ello; que no existió codefensa ni supervisión de los servicios del Estudio por parte del doctor Lastres de los breves servicios prestados en el caso a través del Estudio de propiedad de su padre. Precisa además el árbitro recusado que en junio de 1996 dejó de trabajar en el Estudio Cantuarias al haber sido nombrado para un cargo público, en donde laboró hasta diciembre de 2000, habiendo sido luego designado Decano de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) por lo que los supuestos vínculos no existirían sino hasta el referido mes de junio del 1996.

5. Finalmente, el árbitro recusado alega que el deber de informar a que se refiere el artículo 29° de la Ley General de Arbitraje tiene como propósito "asegurar que las partes puedan recusar a un árbitro cuando consideren que éste no posee o ya no reúne las condiciones de imparcialidad necesarios", que como consecuencia de ello, los árbitros no se encuentran en la obligación de revelar su "biografía" comercial sino que deben revelar hechos relacionados con las partes y el conflicto sometido a arbitraje que pudiesen dar lugar a dudas justificadas acerca de la imparcialidad e independencia; que no se encontraba en la obligación de informar sobre el proceso arbitral de referencia porque "...independientemente de su antigüedad ninguna de las dos empresas es parte directa o indirecta en éste proceso arbitral"; concluyendo que la falta de información no implica la procedencia de la recusación al no existir peligro real de parcialidad o dependencia derivado de la falta de información.

6. Mediante recurso de fecha 9 de noviembre de 2004, el doctor Enrique Lastres, representante legal de Minera Sulliden Shahuindo SAC, presenta sus alegatos indicando que EXPLORACIONES ALGAMARCA estuvo informada del proceso de designación del árbitro recusado por parte del mencionado Instituto y conoció de su abstención en la designación del árbitro recusado; que EXPLORACIONES ALGAMARCA aceptó la idoneidad del árbitro mediante escrito de 21 de julio de 2004; que la recusación no ha sido planteada inmediatamente después de conocida la causa que la motiva; que no participó en la designación del árbitro recusado; que si bien era director de Cja. Minera Poderosa conjuntamente con el doctor Fernando Cantuarias Alfaro jamás tuvo contacto con el doctor Cantuarias Salaverry y que no ha ejercido supervisión o coordinación en relación a los servicios profesionales de defensa legal que éste desarrolló en el referido arbitraje; que su oficina no es el domicilio del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía y que en ningún caso puede probarse que el dueño de un inmueble puede influir en las decisiones que válidamente adopte una Junta Directiva que sesiona en dicho inmueble.



37
Montoya

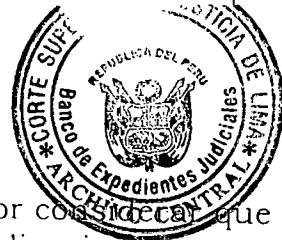
7. Que mediante escrito de fecha 10 de noviembre de 2004 EXPLORACIONES ALGAMARCA solicita el uso de la palabra, lo que fue concedido para el día 23 de noviembre a las 15:30.

8. Asimismo, por su lado, el doctor Enrique Lastres representante legal de Minera Sulliden Shahuindo SAC ha presentado como prueba la carta del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía a EXPLORACIONES ALGAMARCA comunicando el nombramiento, en defecto de nombramiento de árbitro por EXPLORACIONES ALGAMARCA, del árbitro Fernando Cantuarias Salaverry haciendo hincapié en la abstención del doctor Enrique Lastres Berninzon; copia del acta del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía de fecha 23 de diciembre de 2003 en la cual se nombra al doctor Fernando Cantuarias Salaverry árbitro en defecto de nombramiento por EXPLORACIONES ALGAMARCA, en la cual aparece que excusa su asistencia el doctor Enrique Lastres Berninzon; copia de documentos que explican la razón de la mención del domicilio del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía en la oficina del doctor Enrique Lastres Berninzon y la certificación del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía de que el domicilio del mismo es en el presente calle Roca de Vergallo 457 Magdalena del Mar.

9. Como estaba programado, el 23 de noviembre de 2004 se llevó adelante la Audiencia, en la cual se concedió el uso de la palabra solicitado por EXPLORACIONES ALGAMARCA en su escrito de fecha 10 de noviembre de 2004, ocasión en la que la recusante se ratificó en su dicho y adicionalmente expresó que la recusación obedece a un criterio subjetivo, a la conciencia de la parte que la alega, por lo que, en su criterio, era suficiente la existencia de ciertos nexos con una de las partes, aunque el nexo sea endeble y pasado, para su procedencia.

Afirmó que existe jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en dicho sentido y que si existían simplemente dudas justificadas, debía atenderse el pedido de recusación. Indicó además que en la discusión del proyecto de la Ley General de Arbitraje se propuso la modalidad de la recusación de parte sin expresión de causa, lo que no fue acogido, que la subjetividad depende de la parte y en el presente caso, la recusación debe ser declarada procedente.

10. El representante legal de EXPLORACIONES ALGAMARCA expresó que el asunto era un tema de debido proceso enmarcado dentro del concepto de juez imparcial contenido en la Convención Americana de Derechos Humanos y que, en el presente caso, su representada no tenía confianza en el árbitro recusado, quien inclusive ha aceptado la existencia de la relación motivo de la recusación.



38
Montalvo

11. El doctor Enrique Lastres a título personal --por considerarse-- que había sido aludido en la recusación y durante la audiencia- hizo uso de la palabra en la Audiencia del 23 de noviembre de 2004 para ratificar lo expresado por su escrito de fecha 9 de noviembre de 2004 y desmintió las afirmaciones sobre su intervención o influencia en el nombramiento del árbitro Cantuarias Salaverry por parte del Instituto Nacional de Derecho de Minería Petróleo y Energía y en el funcionamiento de éste último. Precisa en este contexto que afirmaba bajo juramento ante el Tribunal que solamente había conocido personalmente al doctor Fernando Cantuarias Salaverry al haberse iniciado el presente arbitraje y no antes. Sobre esta base, el doctor Enrique Lastres Berninzon rechazó toda insinuación sobre la vinculación previa que pudo haber tenido antes del nombramiento del doctor Cantuarias Salaverry por parte del mencionado instituto, para integrar el presente Tribunal.

12. Mediante escrito de 24 de noviembre de 2004, EXPLORACIONES ALGAMARCA presenta recurso adjuntando doctrina respecto de la independencia e imparcialidad de los árbitros.

CONSIDERANDO:

13. Que, para resolver la recusación planteada el Tribunal ha de tomar en cuenta los siguientes dispositivos legales: (i) el artículo 28° de la Ley General de Arbitraje --LGA--, que establece que los árbitros pueden ser recusados por las causas señaladas en dicho artículo, habiendo sido éstas objeto de una enumeración taxativa. Conforme aparece en autos, la recusación presentada por EXPLORACIONES ALGAMARCA contra el árbitro doctor Fernando Cantuarias Salaverry se basa en el inciso 3) del artículo 28° de la LGA es decir "*cuando existan circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia*". Asimismo, (ii) la LGA establece condiciones para la recusación en el artículo 30°, que indica que "*los árbitros nombrados por la otra parte o por un tercero pueden ser recusados también por causa anterior al nombramiento*"; (iii) el artículo 31° de la LGA dispone que "*la parte que formula recusación debe hacerlo inmediatamente después de conocida la causa que la motiva, justificando debidamente las razones en las que se basa y siempre que no haya vencido el plazo probatorio...*"; y, finalmente (iv) el artículo 29° de la LGA que impone al árbitro el deber de revelar "*todas las circunstancias que puedan dar lugar a la recusación*".

14. De lo anterior se deriva que para absolver la recusación planteada, en aplicación de la LGA, el Tribunal tiene que responder a las siguientes preguntas:

W



34
pendientes

- ¿La circunstancia alegada por EXPLORACIONES ALGAMARCA es capaz de generar dudas justificadas respecto a la imparcialidad o independencia del árbitro?

- ¿La prueba aportada permite concluir, aplicando los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, que se trata de dudas que pueden calificar como justificadas para admitir la falta de imparcialidad o independencia del árbitro?

- ¿La omisión del árbitro de informar la circunstancia alegada constituye una omisión que justifica su recusación?

15. En primer lugar, este Tribunal considera que las condiciones que debe reunir toda recusación para que sea procedente de acuerdo a la LGA son: (i) la existencia de hechos que generen dudas; (ii) que la duda se refiera a la imparcialidad del árbitro recusado o su independencia; (iii) que la recusación se efectúe oportunamente, esto es, inmediatamente después de conocida la causa y dentro del plazo probatorio; y, (iv) que las razones por las que se alega carencia de imparcialidad o falta de independencia sean debidamente justificadas.

16. Es criterio del Tribunal, contrariamente a lo afirmado por la parte recusante -en el sentido de interpretar que el derecho de recusación se basa en motivos puramente subjetivos, en aplicación de una regla *per se* que le permite cuestionar a un árbitro sustentándose exclusivamente en circunstancias que generen el sentimiento personal de desconfianza (*Commonwealth Corp. Versus Continental Casualty Co 393 US (1968)*)- que la ley arbitral peruana adhiere a la doctrina de la recusación con regla de razón. Efectivamente, el inciso 3) del artículo 28° de la LGA obliga a ponderar, en aplicación de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, si las dudas que una circunstancia determinada genera en torno a la imparcialidad de un árbitro son justificadas o no.

17. El Tribunal hace notar a este respecto que la doctrina presentada por la propia parte recusante señala que existen diversas circunstancias que militan en contra del resultado adoptado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en este caso. Critica que se haya hecho valer un vínculo "endebles y pasado" y que nunca se haya acreditado ausencia de independencia o falta de imparcialidad sino todo lo contrario, dejando claro el autor (GONZALEZ DE COSSÍO, Francisco. "Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros". Artículo adjunto a su escrito de fecha 10 de noviembre de 2004 que puede obtenerse en <http://www.coladicmx.org/index.htm>) que existen numerosas



40
cuando

opiniones disidente de primera y segunda instancia y Suprema misma con respecto a ella. Es del caso mencionar más bien que el mismo autor, en la página 21 bajo el rubro "Precauciones al Adoptar la Teoría de la Apariencia de Imparcialidad" advierte que ésta debe tomarse con reserva y no adoptando una "regla *per se*". En opinión del autor para que proceda la aplicación de ésta derivada del incumplimiento del deber de revelar del árbitro, la parte que lo alega debe acreditar claramente el perjuicio que haya sufrido, concluyendo que la simple apariencia no debe ser suficiente para que proceda la recusación.

18. Consecuentemente, en el sistema peruano, aplicando la interpretación literal de la expresión "que existan circunstancias que den lugar a dudas justificadas" corresponde al Tribunal analizar lo alegado y aportado por las partes en atención a las siguientes afirmaciones:

- (a) que el padre del árbitro recusado es accionista minoritario, junto con el doctor Enrique Lastres Berninzon, en una sociedad anónima minera, a la que -como veremos más adelante- representó en un proceso arbitral hace ocho años;
- (b) que el Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía tuvo en su momento una oficina en la misma dirección del doctor Enrique Lastres; y que siendo el referido Instituto aquel que por la rebeldía de EXPLORACIONES ALGAMARCA nombró árbitro al doctor Fernando Cantuarias Salaverry pudo haber el doctor Lastres Berninzon ejercido influencia indebida;
- (c) que el árbitro recusado fue abogado en 1996 de la sociedad en la que el doctor Lastres y el padre del árbitro recusado eran accionistas (minoritarios) y directores, de donde la recusante deriva que el doctor Lastres contrató al árbitro recusado, co-defendió con el árbitro recusado y/o supervisó el trabajo profesional del árbitro recusado lo que ha generado un vínculo que mina la imparcialidad del árbitro;

19. Al respecto, este Tribunal evalúa que:

- (a) El doctor Cantuarias Salaverry ha reconocido su participación como abogado defensor de Compañía Minera Poderosa S. A. en 1996 y que su actuación se limitó a suscribir dos escritos en 1996 y nada más, pues luego pasó a desempeñar un cargo público.

[Handwritten signature and scribbles]

[Handwritten signature]

- (b) Los hechos probados dan cuenta de que se dio una relación puramente circunstancial del árbitro Cantuarias Salaverry con la empresa en la que el doctor Lastres Bernizon era accionista y director en fecha lejana (1996).
- (c) La participación como abogado del árbitro Cantuarias Salaverry en defensa de Compañía Minera Poderosa S. A. se limitó a solicitar la prórroga del plazo para contestar la demanda (mediante escrito del 5 de marzo de 1996) e impugnar la competencia de dicho Tribunal Arbitral (mediante escrito del 12 de marzo del mismo año) alegando a tal efecto, entre otras cosas, el desistimiento previo de la parte demandante en dicho proceso.
- (d) El lapso en que pudo haber vinculación entre el doctor Lastres Bernizon y el árbitro Cantuarias Salaverry, bajo una alegada relación cliente-abogado defensor, se limitó -de acuerdo a lo actuado- a marzo de 1996 - junio 1996 ocasión en la que el aludido árbitro fue elegido Gerente Legal de COFOPRI a dedicación exclusiva de la institución en la que prestó servicios hasta el mes de enero de 2001, puntualizando que en dicho período ocasionalmente elaboró consultas jurídicas sobre materia arbitral sin que ninguna de ellas tuviera relación con el doctor Lastres Bernizon, ni con las partes involucradas en el presente arbitraje, ni con el asunto materia de la presente controversia.
- (e) A partir de enero de 2001 el árbitro Cantuarias Salaverry se ha desempeñado como Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y como profesional independiente dedicado exclusivamente al arbitraje, sin haber tenido a este respecto vinculación profesional alguna con el doctor Lastres Bernizon, las partes en el proceso o la materia de la presente controversia.
- (f) El tiempo transcurrido entre la oportunidad en que tales hechos ocurrieron en 1996 y el presente arbitraje (2004) pone de manifiesto una notoria lejanía con relación a la actuación como árbitro del doctor Cantuarias Salaverry en el presente proceso, sin que haya demostración o comprobación alguna de elemento adicional que permita razonablemente afirmar que pueda haber vinculación actual y sustantiva entre el representante legal de la demandante y el árbitro aludido.
- (g) Por lo demás, la coincidencia entre la condición de accionista y director de Compañía Minera Poderosa S. A. que ostentó en 1996 el doctor Lastres Bernizon con la circunstancia de



42
cuanto

abogado defensor del árbitro Cantuarias Salaverry y su compañía, ocurrida hace ocho años, no tiene relación alguna con las partes ni con la materia controvertida en el presente proceso.

20. La revisión de los elementos descritos en el punto anterior lleva al Tribunal a la convicción de que ninguno de ellos brinda motivos que puedan permitir al Tribunal proporcionalmente concluir que el mencionado árbitro tiene comprometida de antemano su decisión sobre los puntos controvertidos en el presente proceso, ni ha dado muestras de parcialidad o falta de independencia en las actuaciones llevadas a cabo con las partes.

21. Como es de verse, no se encuentra vínculo de causalidad entre los hechos aducidos y la justificación necesaria de las posibles dudas que pueda generarse -como la parte recusante lo ha planteado- pues las circunstancias bajo análisis no tienen proporción ni razón suficiente como para que el Tribunal concluya que existen "razones justificadas" que ameriten admitir la recusación, menos aún si se quiere alegar los vínculos de padre-hijo. El Tribunal a este respecto toma en consideración la afirmación del árbitro de que desde 1996 ha desarrollado una vida profesional autónoma del Estudio de abogados de propiedad de su padre y, en todo caso, valora la circunstancia de que la actividad profesional liberal pertenece a la esfera de las relaciones comerciales con terceros como el caso del presente arbitraje

22. Asimismo, el Tribunal toma en cuenta que el cuestionamiento al Instituto tantas veces mencionado en relación al nombramiento del árbitro Cantuarias Salaverry debe relativizarse pues se trata de una decisión tomada por varias personas, al ser un cuerpo colegiado el que decide el nombramiento de los árbitros en rebeldía de una parte; y que se ha determinado en autos que el árbitro recusado intervino como abogado en un caso de Cía. Minera Poderosa no habiéndose probado que haya sido contratado por el doctor Lastres, ni que haya sido co defensor ni supervisado por el doctor Lastres, teniendo en consideración que en dicho momento el árbitro recusado trabajaba en un estudio de abogados propiedad de su padre en el cual la supervisión -de haberla- la tendría el socio a cargo del cliente, es decir, el doctor Cantuarias Alfaro.

23. A mayor abundamiento, el Tribunal repara que la parte recusante no establece claramente si su recusación se debe a la potencial parcialidad o dependencia; a lo que se suma el hecho de que, de la prueba y de las alegaciones presentadas, no es posible inferir que en razón de los hechos alegados haya motivo justificado



43
Cantuar

para admitir que pueda existir en el presente parcial dependencia del árbitro recusado con el doctor Lastres.

24. También el Tribunal observa que es preciso que la recusación se efectúe en el tiempo inmediatamente después de conocida la causa y dentro del plazo probatorio; al respecto, la parte recusante no ha ofrecido ni detalles ni prueba al respecto de tal inmediatez.

25. En cuanto a que la razonabilidad y proporcionalidad necesaria para admitir la naturaleza justificada de las posibles dudas que puedan generarse en una de las partes, el Tribunal considera que admitiendo la existencia de circunstancias ocurridas hace ocho años no existen suficientes elementos para considerar que el árbitro Cantuarias Salaverry hubiese contravenido el deber de informar que impone el artículo 29° de la LGA, pues la coincidencia probada no llega a justificar la recusación pues ninguno de los hechos que promueven las dudas tienen vinculación con la controversia, ni con las partes.

26. Este Tribunal afirma su decisión en la presunción de que los árbitros no representan los intereses de ninguna de las partes y que ejercen su función con estricta imparcialidad. La ley exige que aquella parte que considera que la presunción no es vigente o presente debe probarlo o justificarlo debidamente. En consecuencia, no es indicativo de falta de imparcialidad o de dependencia, que el árbitro haya sido nombrado por un tercero si se tiene que con la rebeldía de una de las partes así lo determinó. Máxime si se tiene en consideración que las partes así lo habían previsto en el convenio arbitral suscrito por EXPLORACIONES ALGAMARCA (cláusula sexta del contrato de transferencia de propiedades mineras del 11 de noviembre de 2002). No es admisible entonces para el Tribunal que la recusante no haya tenido oportunidad de expresar su voluntad para participar en la constitución del Tribunal sino que, por su omisión expresa, operó la intervención de un tercero en el nombramiento prevista en un contrato válidamente suscrito. Por todo ello, el Tribunal invoca a que se admita que fue la conducta de la parte recusante la que genera la alegada desventaja o falta de confianza en la composición del Tribunal, que resulta especialmente relevante si quien lo alega: se apersona al proceso, participa activamente en él, contesta la demanda, deduce excepciones y argumenta firmemente sus posiciones, presenta y actúa pruebas; todo lo cual supone admitir con sus propios hechos la legitimidad y legalidad del Tribunal, sometiéndose a las reglas del proceso y al marco legal vigente contenido en la LGA.

Por esas consideraciones el Tribunal



44
mant-
ción

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar INFUNDADA la recusación del árbitro Fernando Cantuarias Salaverri deducida por la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. mediante escrito de fecha 2 de noviembre de 2004.

Jorge Santistevan de Noriega
Presidente del Tribunal Arbitral

Victor Ávila Cabrera
Arbitro

Mayte Remy Castagnola
Secretaria Arbitral

ANEXO D



176
Cantuarias

Arbitraje Ad hoc
SULLIDEN - ALGAMARCA



Resolución N° 97

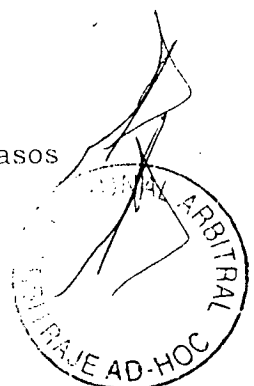
Lima, 30 de diciembre de 2004

VISTOS:

- 1) El escrito sin número de fecha dos de diciembre de 2004 Compañía de Exploraciones Algamarca S.A mediante el cual se deduce la nulidad sustancial de la resolución 75 de fecha 25 de noviembre de 2004 por cuanto dicha resolución ha sido fundada a sabiendas, en hechos y declaraciones falsos y otras consideraciones que aparecen en el referido escrito.
- 2) El escrito sin número de fecha tres de diciembre de 2004 mediante el cual Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. presenta copia de la ficha registral del Estudio Cantuarias, Garrido Lecca, Mulanovich Abogados SCRL de donde aparece que el Doctor Fernando Cantuarias Salaverry es socio de la sociedad civil aquí mencionada.
- 3) El escrito de fecha 9 de diciembre de 2004 en el cual el árbitro Doctor Fernando Cantuarias Salaverry reitera sus descargos y plantea la posibilidad renuncia al cargo de árbitro;
- 4) La resolución N° 88 de fecha 14 de diciembre de 2004 mediante la cual el Tribunal Arbitral pone en conocimiento de las partes el escrito del doctor Fernando Cantuarias Salaverry a efecto que las partes expresen lo conveniente a su derecho;
- 5) El escrito N° 31 de fecha 16 de diciembre de 2004 en el cual Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. expresa que el artículo 31° de la Ley General de Arbitraje 26572 - la "Ley"- establece que contra la resolución del Tribunal Arbitral respecto de la recusación no procede recurso alguno; que la renuncia presentada por el árbitro doctor Fernando Cantuarias Salaverry no es procedente conforme lo establece el artículo 27° de la Ley, por cuanto ninguna de las causales que justifican la renuncia de un árbitro se dan en el presente caso.
- 6) El escrito sin número de fecha 16 de diciembre del 2004 Compañía de Exploraciones Algamarca S.A manifiesta que mantienen la duda razonable respecto de la actuación del mencionado árbitro por cuanto, en criterio de la recurrente, el árbitro habría afirmado no trabajar con su padre, por lo que las expresiones del árbitro -al ser contrastadas con la primera versión- resultarían contradictorias, lo que permitiría considerar que los hechos alegados para la recusación no han sido desvirtuados; añadiendo a lo anterior que, por parte de la recurrente, acepta la renuncia propuesta por el árbitro Cantuarias.

CONSIDERANDO:

- 1) Que la Ley no admite la renuncia de los árbitros salvo en los casos específicamente establecidos por el artículo 27.





57
Anwerly

2) Que los árbitros al aceptar el nombramiento como tales se someten a lo establecido en la Ley y se obligan frente a las partes a cumplir con su función de resolver la controversia.

3) Que el Tribunal Arbitral ha analizado en profundidad los argumentos establecidos en su resolución 75 y aquellos ofrecidos por Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. en su escrito de impugnación, no encontrando hechos que lleven a una duda justificable de la imparcialidad o independencia del árbitro Doctor Fernando Cantuarias Salaverry.

4) Que ni el árbitro Doctor Fernando Cantuarias Salaverry ni este Tribunal Arbitral han afirmado que aquel no sea asociado de Cantuarias, Garrido Lecca y Mulanovich SCRL, una sociedad debidamente inscrita en los registros públicos, puesto que la información de los integrantes de la sociedad resulta ser de pleno dominio público.

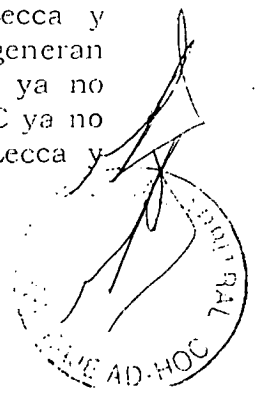
5) Que siendo una sociedad civil familiar, es natural que el padre desee mantener a sus hijos como asociados en su estudio de abogados, lo que no quiere decir que exista una vinculación laboral entre el árbitro recusado y el referido estudio de abogados, por lo que al ser, en consecuencia, de libre acceso la información contenida en los Registros Públicos sobre la participación minoritaria del árbitro Cantuarias en el Estudio de su señor padre, ésta no se encuentra enmarcada dentro de las circunstancias a revelar por su parte, en virtud del artículo 29° de la Ley General de Arbitraje, pues no hay en ello nada oculto o desconocido a ser puesto explícitamente de manifiesto, ni motivo alguno para generar dudas justificadas sobre la imparcialidad del árbitro en el marco del inciso 3) del artículo 21° de la Ley General de Arbitraje.

6) Que para la impugnante Compañía Minera Algamarca S.A. la circunstancia que le genera la duda justificable de la independencia o imparcialidad del árbitro recusado es que la Compañía Minera Poderosa S.A. -en la cual el Doctor Enrique Lastres Berninzon fue director- es cliente en 1996 del estudio Cantuarias, Garrido Lecca y Mulanovich SCRL de propiedad mayoritaria del padre del árbitro recusado y en la cual el árbitro es socio minoritario; que el representante legal de Minera Sulliden Shahuindo S.A.C es el Doctor Enrique Lastres Berninzon y por lo tanto, el árbitro recusado no tiene independencia por cuanto el estudio del cual es socio depende o tiene interés económico de mantener como cliente a la Cia Minera Poderosa S.A. y por ende del representante de Minera Sulliden Shahuindo SAC.

7) Que no obstante el argumento avanzado por la impugnante, ella misma indica en su recurso que reconoce que el Doctor Enrique Lastres Berninzon -representante legal de Minera Sulliden Shahuindo SAC- no es director de Cia Minera Poderosa S.A. desde el año 2001, por lo que es claro que el referido Doctor Lastres no tiene más - si la hubiere tenido cosa que no se ha probado- influencia en la sociedad Compañía Minera Poderosa como para decidir la contratación de los servicios del Estudio Cantuarias, Garrido Lecca y Mulanovich SCRL, por lo que las circunstancias que se han alegado generan duda justificable del árbitro Doctor Fernando Cantuarias Salaverry ya no existen, dado que el representante de Minera Sulliden Shahuindo SAC ya no tiene vinculación con el cliente del Estudio Cantuarias, Garrido Lecca y Mulanovich SCRL desde el año 2001.

incl 700/

W





53
Cincento

8) Que las personas jurídicas son distintas de sus socios por lo que el árbitro Doctor Fernando Cantuarias Salaverry tiene "relaciones permanentes de patrocinio legal" con Compañía Minera Poderosa S.A por ser socio del Estudio Cantuarias, Garrido Lecca y Mulanovich SCRL es aventurado; que aún en el caso que así fuera, es decir, que aún en el caso que exista una relación no episódica, este Tribunal Arbitral no entiende cómo puede sostenerse que existen circunstancias que generen dudas sobre la independencia o imparcialidad del árbitro Doctor Cantuarias Salaverry en cuanto dicho estudio de abogados no tiene vinculación alguna ni con Minera Sulliden Shahuindo SAC ni con su representante legal Doctor Enrique Lastres Berninzon al haber este dejado de ser director de la Compañía Minera Poderosa SA en el año 2001.

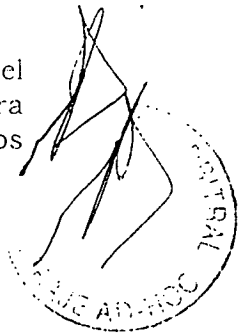
9) Que, aun en el caso que el Doctor Lastres Berninzon fuera en este momento director de Compañía Minera Poderosa S.A. sería necesario que pruebe que tiene la influencia suficiente como para decidir la contratación del Estudio Cantuarias, Garrido Lecca y Mulanovich SCRL; también sería necesario que Compañía Minera Algamarca S.A pruebe que el Doctor Lastres Berninzon controlaba o representaba intereses que controlan dicha sociedad, de manera que fuera posible asumir que podía influenciar en la contratación del Estudio Cantuarias, Garrido Lecca y Mulanovich SCRL, lo que, de otro lado, resultaría agravante para un estudio de abogados de la reputación del referido, pero estando a que es aparentemente natural en el ejercicio profesional no escatimar en supuestos, ni medio para lograr un objetivo, nos permitimos la licencia del contenido de este considerando.

10) Que el Tribunal considera que el ejercicio de la defensa por los abogados de Compañía de Exploraciones Algamarca S.A no necesita para ser efectiva del uso de adjetivos propios de otras circunstancias y personas debiendo ceñirse a los cánones de cortesía entre colegas por lo que el Tribunal Arbitral les invoca a guardar la compostura en sus expresiones.

11) Que en cumplimiento de la función que asume un árbitro con el propósito de resolver la controversia que le plantean las partes, el apartamiento de un árbitro por vía de recusación o renuncia está limitado *in stricto* a las causales específica y limitadamente tipificadas en el texto de la ley en los artículos 28° y 27° de la Ley General de Arbitraje, respectivamente, por lo que cualquier otra modalidad de retiro del árbitro sólo puede tener efecto si ambas partes lo admiten, en virtud del principio de autodeterminación que constituye la esencia del proceso arbitral, coincidencia de voluntades que no se ha producido en el presente caso.

12) Que, asimismo, en aplicación del artículo 18° de la Ley General de Arbitraje corresponde a los árbitros, en toda circunstancia, ejercer su función con estricta imparcialidad y sin representar los intereses de ninguna de las partes, ni estar sometidos a circunstancia alguna que menoscabe sus atribuciones y autonomía, por lo que al aceptar el cargo quedan obligados a cumplir los compromisos esenciales al cargo, aún a riesgo de responder por daños y perjuicios

13) Que, finalmente y abundando en razones corresponde recordar que el artículo 58° de la Ley General de Arbitraje expresamente establece que contra las resoluciones distintas del laudo sólo procede recurso de reposición ante los



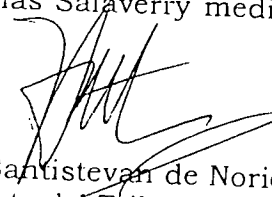


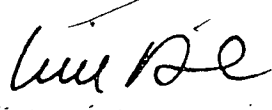
propios árbitros, por lo que el recurso planteado por Compañía Exploraciones Algamarca S. A. no se encuentra arreglado a ley; a lo que el Tribunal suma que el artículo 31° *in fine* de la Ley General de Arbitraje es puntualmente contundente en consagrar la inimpugnabilidad de la resolución que resuelve el incidente de recusación, por lo que pretender su revisión por la vía de una pretendida nulidad sustancial contraviene un claro mandato legal emanado del citado artículo;


RESUELVE:

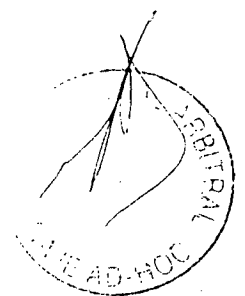
PRIMERO.- Declarar IMPROCEDENTE EL RECURSO DE NULIDAD SUSTANCIAL deducido por Compañía Minera Algamarca S.A. mediante escrito de fecha dos de diciembre de 2004. ✓

SEGUNDO.- Declarar IMPROCEDENTE LA RENUNCIA presentada por el árbitro Doctor Fernando Cantuarias Salaverry mediante escrito de fecha 9 de diciembre de 2004. ✓


Jorge Santistevan de Noriega
Presidente del Tribunal Arbitral


Victor Ávila Cabrera
Árbitro


Mayte Remy Castagnola
Secretaria Arbitral



ANEXO E





García Calderón - Vidal - Montero
&
ASOCIADOS ABOGADOS



8.11.04

Expediente N°

Secretaria: Dra. Mayte Remy Castanogla

Cuaderno Principal

Escrito N°

**FORMULA RECUSACIÓN CONTRA
MIEMBRO EL TRIBUNAL ARBITRAL**

AL SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL.-

COMPANIA DE EXPLORACIONES ALGAMARCA S.A., en el proceso arbitral iniciado por **MINERA SULLIDEN SHAHUINDO S.A.C.** sobre **DECLARACIÓN DE CUMPLIMIENTO Y EJECUCION DE CONTRATO**, ante usted nos presentamos y con el debido respeto decimos:

Que, por convenir a nuestro legítimo derecho y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 28°, 29° y 30° de la Ley General de Arbitraje.

FORMULAMOS RECUSACIÓN en contra del árbitro **FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY**, por las razones que presentamos de manera detallada a continuación:

LA DESIGNACIÓN DEL SR. FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY.

Como es de conocimiento del Tribunal, nuestra parte desde un inicio se rehusó a realizar la designación de árbitros, toda vez que siempre desconocimos tanto el contrato de fecha 11 de noviembre del 2002, así como el convenio arbitral inserto en él, puesto que jamás existió manifestación de voluntad de nuestra empresa para celebrarlo.

Ante la negativa de nuestra parte a designar a nuestro árbitro, éste nos fue asignado de oficio por el Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía, el cual a su vez designó como árbitro de nuestra parte, al Dr. Fernando Cantuarias Salaverry.



3. Habiendo designado la parte demandante a su árbitro, quedó instalado el Tribunal Arbitral, el mismo que debía avocarse a un arbitraje de derecho, caracterizado por la igualdad de condiciones de las partes, al contar cada una con su propio árbitro.

4. Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29° de la Ley General de Arbitraje, los árbitros se encuentran en la obligación de informar acerca de **TODAS LAS CIRCUNSTANCIAS QUE PUEDAN DAR LUGAR A UNA POSIBLE RECUSACIÓN, Y EL ÁRBITRO DESDE EL MOMENTO DE SU NOMBRAMIENTO Y DURANTE TODAS LAS ACTUACIONES ARBITRALES, REVELARÁ SIN DEMORA TALES CIRCUNSTANCIAS A LAS PARTES, A MENOS QUE YA LES HAYA INFORMADO DE ELLAS, BAJO PENA DE RESPONDER POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS QUE OCACIONEN POR SU OMISIÓN.**

5. En este sentido, se aprecia que los árbitros, incluyendo "al árbitro propuesto a nuestra parte" Dr. Fernando Cantuarias Salaverry, tenía la obligación de informar de todas las circunstancias que originarán serias dudas sobre su imparcialidad, cuestión que hoy nos enteramos fue abiertamente omitida por el árbitro recusado, conforme lo vemos en el punto siguiente.

LA OMISIÓN DEL ÁRBITRO FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY Y SU FALTA DE IDONEIDAD PARA EJERCER EL CARGO DE ÁRBITRO EN EL PRESENTE PROCESO ARBITRAL.

Como es conocido por el Tribunal, el Sr. Enrique Lastres Berninzon, viene ejerciendo la representación legal de la demandante MINERA COLLIDEN SHAHUÍNDU S.A.C. en el presente proceso arbitral.

El referido señor, a su vez es directivo del Instituto Nacional de Derecho de Petróleo y Energía, el cual como hemos indicado en el punto precedente, fue el encargado de la designación de oficio del árbitro de nuestra parte.



En efecto, conforme consta en la copia literal de la ficha de inscripción del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía, el abogado de nuestra contraparte es además director del Instituto que designó a nuestro árbitro, situación que manifiesta la falta de idoneidad del árbitro Dr. Fernando Cantuarias Salaverry en razón de existir serias dudas sobre su imparcialidad debido a la conexidad existente con el señor Enrique Lastres Berninzon y las circunstancias que hoy conocemos y procedemos a relatar.

Es de precisar que el señor Enrique Lastres Berninzon también se desempeñaba como miembro del Directorio de Compañía Minera Poderosa S.A., empresa de la cual era director conjuntamente con el padre del Sr. Fernando Cantuarias Salaverry, el señor Fernando Cantuarias Alfaro (Jefe del Estudio "Cantuarias").

La referida empresa sostuvo un proceso arbitral con MINERO AZ EPS, habiendo contratado como representante legal para su defensa al Dr. Fernando Cantuarias Salaverry, reitérese que el señor Enrique Lastres Berninzon era director de COMPAÑIA MINERA PODEROSA S.A. y que nuestro actual árbitro trabajó contratado para los asuntos legales referidos para la compañía de la cual el señor Enrique Lastres Berninzon era director legal, prácticamente ejerciendo la codefensa del caso (siendo quien en el referido arbitraje desarrolló exactamente la misma labor que desarrolla en el presente caso, la de ser supervisor del Dr. Fernando Cantuarias Salaverry).

Se expone evidencia que existió una relación de dependencia entre el abogado y hoy director legal de MINERA SULLIDEN SHAUINDO S.A.C. del árbitro Fernando Cantuarias Salaverry, situación que no fue informada ni por el mencionado árbitro, ni por la contraparte a pesar de la relevancia de dicha información (véase escrito de fecha 01 de julio del 2004 del Dr. Fernando Cantuarias Salaverry presentado a su usted señor Presidente en el presente proceso)



7- Se aprecia entonces que tanto MINERA SULLIDEN SHAHUINDO S.A.C. como el árbitro Fernando Cantuarias Salaverry, omitieron su deber de informar acerca de todas las circunstancias que pudieran originar dudas razonables respecto de su imparcialidad o independencia, **ELUDIENDO DE ESTA MANERA LA OBLIGACIÓN SEÑALADA EN EL ARTÍCULO 29° DE LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE, INDUCIÉNDONOS A ERROR EN CUANTO A SU DESEMPEÑO** (Véase escrito de fecha 21 de julio del 2004 presentado por nuestra parte).

8- En el presente caso, resulta obvio la existencia de una relación de dependencia, así como de una vinculación comercial indirecta entre el Sr. Enrique Lastres Berninzon y el árbitro recusado, debido a los antecedentes que hemos puesto en evidencia, los cuales hasta la fecha se mantuvieron ocultos a nuestra parte.

9- En este sentido, consideramos que la parcialidad del Dr. Fernando Cantuarias Salaverry se materializó en la emisión del laudo que declaró INFUNDADA la Excepción de Incompetencia deducida por nuestra parte, la misma que evidentemente fue perjudicial para nosotros y que ahora dudamos razonablemente se debió a la falta de neutralidad e imparcialidad del referido árbitro.

10- En este sentido, al habernos enterado de tales circunstancias y habiendo dejado constancia que jamás consentimos la resolución que resuelve la Excepción de Incompetencia planteada por nuestra parte, habiéndonos inclusive reservado el derecho de plantear la nulidad de la misma (véase escrito de fecha 05 de octubre del 2004 presentado por nuestra parte ante el Tribunal Arbitral), formulamos recusación contra el referido árbitro, cumpliendo con adjuntar las siguientes pruebas de nuestra solicitud:

11- Copia Literal de la Ficha del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía, el mismo que designó como árbitro al Dr. Fernando Cantuarias Salaverry, en la que se puede apreciar que el representante legal de Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. señor



Enrique Lastres Berninzon se desempeña como director de la misma.

- b) Copia literal de Compañía Minera Poderosa S.A. mediante la cual se acredita que el señor Lastres Berninzon se desempeñaba como director de la misma, al mismo tiempo en que el señor Fernando Cantuarias Salaverri ejercía la representación de la referida empresa.
- c) Copia del Testimonio de la Escritura Pública de Fusión por Absorción otorgada por Compañía Minera Poderosa S.A. y otras de fecha 30 de Diciembre de 1996, ante el notario Público de Lima Ricardo Fernandini Arana, en la que figuran como accionistas de Compañía Minera Poderosa S.A., el señor Enrique Lastres Berninzon y el señor Fernando Cantuarias Alfaro, padre del árbitro recusado.
- d) Copia de los actuados en el proceso arbitral seguido por Compañía Minera Poderosa S.A. con Minero Pataz EPS, mediante la cual se acredita que el abogado patrocinante de Compañía Minera Poderosa S.A., era el señor Fernando Cantuarias Salaverri.
- e) Copia de la resolución del Tribunal Arbitral donde se puede apreciar que el Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía, el mismo que designó al árbitro Fernando Cantuarias Salaverri, funcionaba en la Calle Porta N°755 - Miraflores, inmueble perteneciente al señor Enrique Lastres Berninzon.

POR TANTO:

Solicito a Usted Señor Presidente del Tribunal Arbitral, tener presente lo anterior y proveer conforme a ley, dando trámite a la presente recusación que corresponde.

OTROSI DIGO.- Que, cumplimos con adjuntar copias del presente escrito en número suficiente.

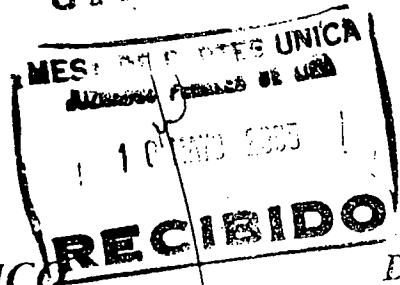
Lima, 29 de octubre del 2004

ANEXO F



SIN ESPECIES

276
des
274



MINISTERIO PÚBLICO
Trigésima Octava Fiscalía Provincial
Penal de Lima.

DENUNCIA N° 36

SEÑOR JUEZ ESPECIALIZADO EN LO PENAL DE LIMA:

SILVIO MAXIMO CRESPO HOLGUIN,
Fiscal Provincial de la Trigésima Octava
Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, con
domicilio legal en el Edificio del Ministerio
Público, sito en la cuadra 05 de la Av.
Abancay, a usted Digo:

Que, de conformidad con el art. 159° de la
Constitución Política del Estado, en concordancia con los arts. 11° y
siguientes del Decreto Legislativo N° 052 (Ley Orgánica del Ministerio
Público), en mérito a los recaudos que se acompañan, **FORMALIZO**
DENUNCIA PENAL contra: **FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY**,
como presunto autor del delito contra La Fe Pública – Falsedad Genérica –
en agravio de la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A.; y por delito
contra la Administración de Justicia – Fraude Procesal - en agravio del
Estado Peruano.

Silvio Máximo Crespo Holguín
Fiscal Provincial Titular
38° FISC. PROV. PENAL-LIMA



FUNDAMENTOS DE HECHO:

Se desprende de los actuados que, la empresa
agraviada "Compañía de Exploraciones Algamarca S.A." y "Minera
Sulliden Shahuindo SAC" ingresaron a un Proceso Arbitral, cuyo Tribunal
estaba integrado por el denunciado Fernando Cantuarias Salaverry, así
como por los árbitros Jorge Santistevan de Noriega y Víctor Avila Cabrera;
es así que la firma afectada plantea recusación contra el referido imputado
mediante escrito cuya copia se inserta de fs. 9 a 13, ante lo cual el recusado
realiza su descargo mediante escrito cuya copia obra a fs. 14-27, en la que
precisa, "que una empresa ajena a las de la controversia, contrata los
servicios de un bufete de abogados, al cual presta sus servicios, y le fue
designada la defensa de la misma, denominada Compañía Minera Poderosa
S.A.", aseverando en otro punto de su descargo, que dicha defensa la ejerció
de manera episódica, esto es transitoria, y que se alejó del Estudio de su

padre en 1996 de manera definitiva; y por último, que con la persona de Enrique Lastres Berninson sostuvo una relación profesional indirecta, por la defensa antes mencionada, pero que dicha vinculación concluyó al término de la defensa; sin embargo, con el acta de constatación notarial de fs. 39 se determina que el denunciado Fernando Cantuarias, no ha prestado servicios en el Estudio de su señor padre Fernando Cantuarias Alfaro, como lo indicó en su descargo, sino que ha formado parte del mismo en calidad de socio, y además, con la ficha registral de fs. 43 a 45 se establece que inclusive el imputado en el año de 1998 aportó mayor capital, teniendo una mayor participación en la sociedad denominada Cantuarias Garrido Leca & Mulanovich Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada, entonces se aleja de la realidad la aseveración de haberse alejado definitivamente desde el año de 1996, toda vez que forma parte del mismo hasta la fecha. Por otro lado, se ha puesto de manifiesto la relación entre el denunciado con la persona de Enrique Lastres Berninson, al haber sido este último accionista y directivo de la Compañía Minera Poderosa, la misma que contratara los servicios profesionales del Estudio Cantuarias, Garrido Leca & Mulanovich, ejerciendo de esta manera la co-defensa de la compañía Minera con el imputado en el proceso arbitral seguido con la firma Minero Pataz EPS, además, que Lastres Berninson es actualmente Vicepresidente de la Minera Sulliden Shahuindo SAC la que ventila el proceso arbitral en la que se planteo la recusación controvertida, y a su vez, forma parte del Consejo Directivo del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía, el mismo que designó al denunciado Cantuarias Salaverry como árbitro en la controversia sujeta al arbitraje; de lo expuesto, se aprecia, que el denunciado no únicamente omitió comunicar de los vínculos mencionados a las partes y demás miembros del Tribunal Arbitral, conforme lo establece el Art. 29 de la Ley General de Arbitraje; sino que además, con los datos falsos proporcionados indujo a error al Tribunal para obtener una resolución contraria a ley, y a su favor, como es la que obra de fs. 28 a 38, por la cual se declaró infundada la recusación; hechos que así detallados revisten gravedad, y merecen una prolija investigación a nivel judicial.



Silvio Máximo Trappe Motigull
Fiscal Provincial Titular
38° FISC. PROV. PENAL-LIMA



FUNDAMENTOS DE DERECHO:

El evento denunciado se encuentra previsto y sancionado por el Artículo 438° y 416° respectivamente del Código Penal.

En consecuencia, solicito a su Despacho admitir la presente denuncia y darle el trámite que le corresponde conforme a su naturaleza; debiendo disponerse, para el mejor esclarecimiento de los hechos denunciados, las siguientes diligencias:

DILIGENCIAS A ACTUARSE:



- 1.- Se reciba la declaración instructiva del denunciado.
- 2.- Se recaben los antecedentes penales y judiciales del denunciado.
- 3.- Se reciba la declaración preventiva del Procurador Público.
- 4.- Se reciba la preventiva del Representante Legal de la Compañía Minera Algamarca S.A.
- 5.- Se reciba la testimonial de Mayte Remy Castagnola.
- 6.- Se reciban las testimoniales de Jorge Santisteban de Noriega y Víctor Avila Cabrera.
- 7.- Se reciba la testimonial de Enrique Lastres Berninzon.
- 8.- Se reciba la testimonial de Fernando Cantuarias Alfaro.

Y las demás que sean necesarias para el total esclarecimiento de los hechos denunciados.

OTROSI DIGO: Solicito se forme el incidente de embargo preventivo, a efectos de garantizar el pago de reparación civil a que diere lugar la presente acción.

Lima, 16 de Mayo de 2005.

SMCH/jns.



[Handwritten Signature]
Silvia Marlene Crespo Holguín
Fiscal Provincial Titular
38° FISC. PROV. PENAL-LIMA

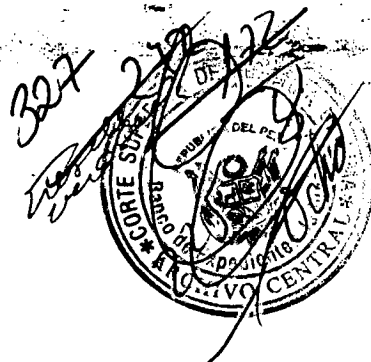
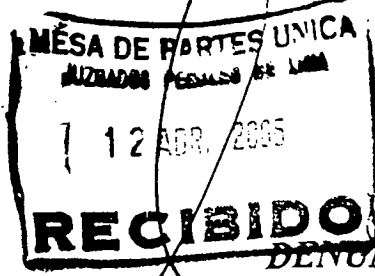
ANEXO G





MINISTERIO PUBLICO

Trigésima Octava Fiscalía Provincial
Penal de Lima.



DENUNCIA N° 476-05

SIN ESPECIES

SEÑOR JUEZ ESPECIALIZADO EN LO PENAL DE LIMA:

SILVIO MAXIMO CRESPO HOLGUIN, Fiscal Provincial de la Trigésima Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, con domicilio legal en el Edificio del Ministerio Público, sito en la cuadra 05 de la Av. Abancay, a usted Digo:

*Que, de conformidad con el art. 159° de la Constitución Política del Estado, en concordancia con los arts. 11° y siguientes del Decreto Legislativo N° 052 (Ley Orgánica del Ministerio Público), en mérito a los recaudos judiciales que se acompañan, **FORMALIZO DENUNCIA PENAL** contra: **JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA, VICTOR AVILA CABRERA y FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY**, como presuntos autores del delito contra La Administración Pública – Desobediencia y Resistencia a la Autoridad – en agravio del Estado Peruano.*

FUNDAMENTOS DE HECHO:

Se atribuye a los denunciados haber desobedecido y resistido a la orden impartida por el Organo Jurisdiccional, la misma que tiene el carácter público y es de estricto cumplimiento; pues, no obstante tener perfecto conocimiento de la existencia de un proceso judicial sobre interdicto de retener, los imputados han continuado en el avocamiento irregular vía Proceso Arbitral de hechos que son objeto de la controversia judicial, toda vez que el Juzgado Mixto donde se ventila la referida controversia, los requirió en reiteradas oportunidades, conforme es de verse las copias certificadas de las resoluciones de fs.97, 123, 138 y 143, a efectos de suspender temporalmente el proceso arbitral que tenían a cargo, conforme lo ordenaba la resolución de fs. 86 a 88; sin embargo, los denunciados, lejos de acatar el mandato emanado de la autoridad judicial correspondiente, con fecha. 03 de enero último expiden una resolución, según se advierte de la

Silvio Maximo Crespo Holguin
Fiscal Provincial Titular
38° FISC. PROV. PENAL-LIMA



copia certificada que se acompaña, obrante a fs. que constituye delito, y merece ser investigados a nivel judicial.



Handwritten notes and signatures in the top right corner, including '277', '300', and 'J. J. J.'.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

El evento denunciado se encuentra previsto y sancionado por el Artículo 368° del Código Penal.

En consecuencia, solicito a su Despacho admitir la presente denuncia y darle el trámite que le corresponde conforme a su naturaleza; debiendo disponerse, para el mejor esclarecimiento de los hechos denunciados, las siguientes diligencias:

DILIGENCIAS A ACTUARSE:

- 1.- Se reciba la declaración instructiva de los denunciados.
- 2.- Se recaben los antecedentes penales y judiciales de los denunciados.
- 3.- Se reciba la declaración preventiva del Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial.
- 4.- Se reciba la testimonial del Representante Legal de la Compañía Minera Algamarca S.A.
- 5.- Se reciba la testimonial de Mayte Remy Castagnola.

Y las demás que sean necesarias para el total esclarecimiento de los hechos denunciados.

OTROSI DIGO: Solicito se forme el incidente de embargo preventivo, a efectos de garantizar el pago de reparación civil a que diere lugar la presente acción.

OTROSI DIGO: El suscrito se avoca al conocimiento de la presente, luego que la Fiscalía Suprema en lo Penal, dirimiera la consulta de competencia, mediante resolución de fecha 07 de Abril del año en curso.

SMCH/jns.

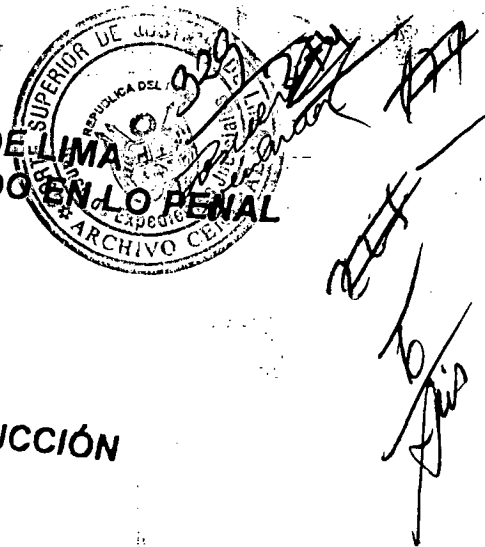


Lima, 11 de Abril del 2005.

Handwritten signature of Silvano Máximo Crespo Holguín.

Silvano Máximo Crespo Holguín
Fiscal Provincial Titular
38° FISC. PROV. PENAL-LIMA

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
DÉCIMO PRIMER JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO PENAL
DE LIMA



EXP: N° 218-2005.
SEC: Guillermo.

AUTO DE APERTURA DE INSTRUCCIÓN

Lima, once de mayo
Del dos mil cinco.-

AUTOS Y VISTOS:

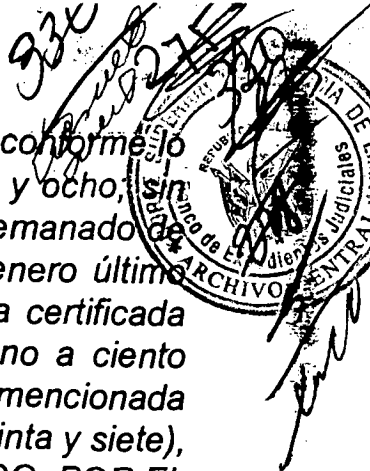
La denuncia formalizada por la Representante del Ministerio Público, contra Jorge Santisteban de Noriega, Víctor Avila Cabrera y Fernando Cantuarias Salaverry, como presuntos autores del delito contra La Administración Pública – Desobediencia y Resistencia a la Autoridad, en agravio del Estado Peruano. -----

ATENDIENDO:

Primero.- Que, en principio y entre otros requisitos que la Ley establece, el Juez sólo abrirá instrucción si considera que el hecho denunciado configura delito; tal como prescribe el artículo setentisiete el Código de Procedimientos Penales.-----

Segundo.- Que, según la formalización de la denuncia por parte de la Representante del Ministerio Público, se atribuye a los denunciados, haber desobedecido y resistido a la orden impartida por el órgano Jurisdiccional, la misma que tiene carácter público y es de estricto cumplimiento; pues, no obstante tener perfecto conocimiento de la existencia de un proceso judicial sobre interdicto de retener, los imputados han continuado en el avocamiento irregular vía proceso Arbitral de hechos que son objeto de la controversia judicial, toda vez que el Juzgado Mixto donde se ventila la referida controversia, los requirió en reiteradas oportunidades, conforme es de verse las copias certificadas de las resoluciones de folios noventa y siete, ciento veintitrés, ciento treinta y ocho y ciento cuarentitrés, a efectos de suspender

ALFREDO V. CATAFORA A.
JUEZ TITULAR
Decimo Primer Juzgado Especializado en lo Penal de Lima
Jefe de Oficina de Asesoría Jurídica



temporalmente el proceso Arbitral que tenían a cargo, conforme lo ordenaba la resolución de folios ochentiséis a ochenta y ocho, sin embargo, los denunciados, lejos de acatar el mandato emanado de autoridad judicial correspondiente, con fecha tres de enero último expiden una resolución, según se advierte de la copia certificada que se acompaña, obrante a folios ciento treinta y uno a ciento treinta y siete. Que, de la lectura de la antes mencionada resolución, esta (conforme se aprecia a folios ciento treinta y siete), "RESUELVE" DECLARAR no ha lugar A LO ORDENADO POR EL Juez del Juzgado Mixto de San Marcos, Cajamarca, mediante resolución de número Veintiséis de fecha trece de diciembre del dos mil cuatro en el proceso seguido por Compañía Minera Algamarca Sociedad Anónima contra Sthefane Amireault y otros, sobre interdicto de retener, por no corresponder ya que ese Tribunal (Arbitral), es plenamente competente para la resolución de todos y cada uno de los puntos controvertidos admitidos en la respectiva audiencia sin que ninguno de ellos se superponga por razón de la materia, ni de las personas involucradas o por razón de territorio, a lo que resolverá el Tribunal; en consecuencia además, dispone, que se notifique al Juez del Juzgado Mixto de San Marcos la solución expedida y se continúe el proceso arbitral, conforme corresponde". -----

Que, la Constitución Política del Estado, en el Artículo 138 prescribe con respecto a la Administración de Justicia y el Control difuso, lo siguiente:

"La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior".

Asimismo el Artículo 139 respecto a los Principios de la Administración de Justicia, prescribe que:

"Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

No hay proceso judicial por comisión o delegación.

ALFREDO V. CATAORA A.
 JUEZ MIXTO
 Primer Juzgado Especializado
 Penal de Lince
 Poder Judicial de Lince

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno.

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

4. La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley.

Los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, y por los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, son siempre públicos.

5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

6. La pluralidad de la instancia.

7. La indemnización, en la forma que determine la ley, por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar.



Handwritten notes and signatures, including a large signature that appears to be 'Quart'.

A. Castro
ALEXIS
JUEZ TITULAR
Primera Juzgado Especializado
en materia de recursos de amparo

8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.

9. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.

10. El principio de no ser penado sin proceso judicial.

11. La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales.

12. El principio de no ser condenado en ausencia.

13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada.

14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.

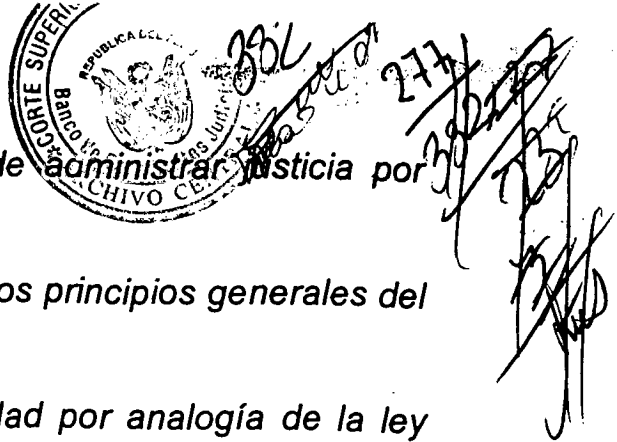
15. El principio de que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención.

16. El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala.

17. La participación popular en el nombramiento y en la revocación de magistrados, conforme a ley.

18. La obligación del Poder Ejecutivo de prestar la colaboración que en los procesos le sea requerida.

19. La prohibición de ejercer función judicial por quien no ha sido nombrado en la forma prevista por la



Handwritten notes and signatures on the left margin, including the name 'ALEXANDER' and other illegible text.

Constitución o la ley. Los órganos jurisdiccionales no pueden darle posesión del cargo, bajo responsabilidad.

SE SUPERIOR
de Procedimientos Penales
ARCHIVO CLNT
[Handwritten signatures and initials]

20. El principio del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley.

21. El derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos adecuados.

22. El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad". -----

Que, en consecuencia, habiendo indicios suficientes respecto a la interferencia de la actividad jurisdiccional, al haber dispuesto, el No ha Lugar, a un mandato judicial, el cual sólo puede ser dejado sin efecto, por otra instancia judicial de mayor grado y con las garantías que la Ley establece, infringiendo los dispositivos antes mencionados, específicamente los artículos 138 y 139 de la Constitución Política del Estado y la Ley Orgánica del Poder Judicial, resulta pertinente la investigación penal.

Tercero.- Que, el delito denunciado, se encuentra contemplado en el artículo 368 del Código Penal, el cual prescribe respecto a "Desobediencia o resistencia a la autoridad", lo siguiente: -----

"El que desobedece o resiste la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años". -----

Que, en consecuencia, resulta pertinente, aperturar la instrucción, dado que de los medios probatorios aportados por parte del Representante resultan suficientes para ser consideradas como pruebas indiciarias que hacen presumir la realización del ilícito y exigen una actividad probatoria dentro de las garantías del debido proceso, la presunción de inocencia y demás garantías que la Constitución Política del Estado y las leyes sustantivas en especial el Código Penal y de Procedimientos Penales establecen. -----

Cuarto: Por los fundamentos expuestos y ante la concurrencia de los requisitos que señala el artículo setentisiete el

ALFREDO V. CATAFORA A.
JUEZ TITULAR
Causa Primer Juzgado Especializado
Lima
MINISTERIO DE JUSTICIA

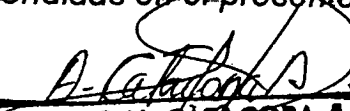
Código de Procedimientos Penales, modificado por el artículo 28 del Decreto Legislativo N° 2707, el señor Juez del Tercer Juzgado Especializado en lo Penal de Lima: -----

331
S
F
P
L
C
D
J
E
L
T
E
R
C
E
R
O
J
U
Z
G
A
D
O
E
S
P
E
C
I
A
L
I
Z
A
D
O
E
N
L
O
P
E
N
A
L
D
E
L
I
M
A

[Handwritten signature]



RESUELVE:

ABRASE INSTRUCCIÓN PENAL contra Jorge Santisteban de Noriega, Víctor Avila Cabrera y Fernando Cantuarias Salaverry como presuntos autores del delito contra La Administración Pública - Desobediencia y Resistencia a la Autoridad, en agravio del Estado Peruano. En consecuencia se ORDENA, se actúen las siguientes diligencias de carácter probatorio: Uno) Se reciba las declaraciones instructivas de don Jorge Santisteban de Noriega, Víctor Avila Cabrera y Fernando Cantuarias Salaverry, el día veinticinco de mayo a horas diez, once y doce de la mañana, respectivamente; Dos) se recaben los antecedentes penales y judiciales de los denunciados; Tres) Se reciba la Declaración Preventiva del Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial; Cuatro) Se reciba la Declaración Testimonial de las siguientes personas: A) El Representante Legal de la Compañía Minera Algamarca Sociedad Anónima; B) Don Mayte Remy Castagnola; Cinco) Se pida mediante Oficio copias certificadas del proceso que dio origen a la Medida Cautelar Dictada por el Juez Mixto de San Marcos Cajamarca, proceso N° 14-2004, conforme se aprecia de los antecedentes de folios ciento treinta y ocho de la denuncia Fiscal; Se trabé embargo preventivo sobre los bienes de los denunciados, a partir de la fecha inculcados. **DÍCTESE**, mandato de comparecencia simple; Notificándose, al Señor Fiscal Provincial Penal de Décima Primera Fiscalía Provincial de Lima y las partes comprendidas en el presente proceso.


ALFREDO V. CATACORA A.
JUEZ TITULAR
Tercer Juzgado Especializado
Penal de Lima
MINISTERIO DE JUSTICIA DE PERU

PODER JUDICIAL
[Handwritten signature]
Especialista
FISCAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE PERU

EN LA MISMA FECHA DE LA RESOLUCION QUE ANTECEDE
HICE SABER AL SEÑOR FISCAL PROVINCIAL
QUIEN ENTENDIDO EN SU DESPACHO RUBRICO, DOY FE



MIGUEL NORCIVALAZAR
Fiscal Provincial Penal de Lima

ANEXO H





306
Wosca
9/2/05

TRIGESIMO NOVENO

JUZGADO PENAL DE LIMA

Expediente N° 183-2005

Secretario Eduardo Medina Bayetto

SENTENCIA

Lima, siete de junio de dos mil cinco.-

VISTA.-

La demanda de proceso constitucional de Hábeas Corpus interpuesta a favor del señor Fernando Cantuarias Salaverry, dirigida en contra del señor Representante del Ministerio Público, doctor Silvio Máximo Crespo Holguín, Fiscal de la Trigésima Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima, por supuesta amenaza a su libertad individual, como consecuencia de haberse violando su derecho a la Tutela Procesal efectiva, al inobservarse sus derechos a la defensa, a probar, al contradictorio, a la igualdad de armas, a obtener una resolución fundada en derecho y al de observancia del principio de legalidad procesal penal.

RESULTA DE AUTOS.-

Según refiere la parte demandante en su escrito postulatorio, los actos lesivos a su derecho citados en el párrafo precedente, se habrían producido dentro del procedimiento prejudicial realizado por el citado Representante del Ministerio Público, con ocasión de la denuncia penal formulada por la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. en contra del señor Fernando Cantuarias Salaverry que concluyó con la formalización de denuncia en su contra, como presunto autor de los delitos contra la Fe Pública – Falsedad Genérica – en agravio de la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. y por el delito contra la Administración de Justicia – Fraude Procesal – en agravio del Estado Peruano.

CONSIDERANDO.-

Normatividad aplicable

1. Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, conforme lo prescribe el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; en este sentido su finalidad inmediata será la de reponer las cosas al estado anterior a la violación o

SEGISMUNDO I. LEON
QUE PENAL TITULAR



amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo, según lo dispone la primera parte del artículo primero del referido texto procesal.

2. La Constitución Política del Estado por su parte prescribe en el numeral 1) de su artículo 200, que la acción de Hábeas Corpus procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.

En ese mismo orden, el citado Código Procesal Constitucional en su artículo 25 establece una relación enunciativa de los derechos que conforman la libertad individual, mencionando en su último párrafo que también procede en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad de domicilio; es este derecho, al debido proceso, el invocado por el recurrente como el derecho que se encuentra afectado al haber el Representante del Ministerio Público formalizado denuncia penal en su contra sin respetar los derechos de defensa, a probar, al contradictorio, al de igualdad de armas y al de observancia del principio de legalidad procesal penal.

Acerca de la actividad sancionadora del Estado.

4. El Estado como ente jurídico y político, se encuentra dotado de funciones o atributos que le son propios, y que se encuentran dirigidos al cumplimiento de determinados fines, variables según las circunstancias espaciales y temporales de cada cultura, y que constituyen su propia justificación.
5. Para lograr la realización de sus fines, el Estado tiene, pues necesidad de actuar, de ejercer determinadas funciones. Por funciones estatales se entiende, en derecho público, las diversas actividades del Estado en cuanto constituyen diferentes manifestaciones o diversos modos de ejercicio de la potestad estatal (1). Al margen de haberse distinguido tradicionalmente tres funciones principales del Estado (Ejecutivas, Legislativas y judiciales), existe una fundamental que atraviesa a todas y cada una de ellas: su actividad o función sancionadora.
6. La citada función o Poder de Policía, siguiendo a Gregorio Badeni, es la llamada a establecer la regulación práctica de la libertad y de sus limitaciones que, a tales fines, ejercen los órganos gubernamentales. Así, los poderes legislativo, ejecutivo y judicial (y en

SEBASTIÁN I. LEÓN DELASCO

JUEZ PENAL TITULAR



38
Ferreira
García
M.

su caso los órganos constitucionales autónomos), dentro del marco de sus funciones constitucionales, ejercen el poder de policía para la protección de los individuos, grupos sociales y del propio Estado. Su objetivo es limitar las libertades individuales y sociales en función del bien común. (2)

7. En efecto, el poder de policía o poder represor del Estado, es una función o potestad del mismo, que consiste en la plasmación normativa o reglamentaria de la libertad, estableciendo un determinado orden de convivencia, al cual deben adecuarse los comportamientos de los hombres, y que en la práctica se traduce en determinadas reglas de conducta, que importan el cumplimiento de los deberes que cada individuo, grupo, o en general cualquier actor social, tiene con respecto a los demás y a la comunidad.

Es en esta sentido que no se concibe una sociedad moderna políticamente organizada sin un poder de policía regulador que apunte a la promoción de bienestar general, prohibiendo y sancionando, aquellas conductas perniciosas que confabulan y atacan, los principios de bienestar y seguridad general (3), condicionando la existencia del propio Estado, por lo que la legitimidad de dicho poder es reconocida por los textos constitucionales de cada uno de ellos.

9. Aún más, la propia Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Organización de las Naciones Unidas en 1948, en su artículo 29, reconoce la legitimidad y fundamentos de dicho actuar, pues refiere:

"En ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática". (Subrayado nuestro)

10. La violación, inobservancia, contravención, trasgresión, vulneración de cualquiera de aquellos preceptos normativos que establecen o sustentan un orden de convivencia, significará una invocación a que el Estado despliegue su función o actividad represiva, generando, éste, los procedimientos necesarios que estén orientados a sancionar dichas conductas. En este sentido se reconoce a los órganos del Estado, el "derecho" a denunciar y sancionar a aquellos individuos que han incurrido en la trasgresión de los preceptos normativos previamente establecidos por aquel.

SECRETARIO I. LEÓN VELASCO

JUEZ PENAL TITULAR



11. El principal y más gravoso mecanismo de sanción creado por el Estado, es el derecho penal, en su aspecto tanto sustantivo como adjetivo, es decir la actividad persecutoria y sancionadora del Estado, en su más antiguo y grave aspecto, se encuentra contenido en el derecho penal y derecho procesal penal, que a decir del profesor Blinder, "...son corresponsables de la configuración de la política criminal y eje estructuradores de lo que se ha denominado "Sistema Penal" o "Sistema de Justicia Penal", que es el conjunto de instituciones vinculados con el ejercicio de la coerción penal y el castigo".(4)

12. Es dentro de ese conjunto de instituciones, a las que se refiere el profesor Blinder, que encontramos al Ministerio Público, como órgano constitucionalmente autónomo encargada entre otras cosas del ejercicio de la acción penal, la cual podrá realizar de oficio o a petición de parte, conforme lo dispone el numeral 5) del artículo 159 de la Constitución Política, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 94 de su Ley Orgánica. Es así que uno de los primeros eslabones que encontramos en el desarrollo de la actividad punitiva del Estado, es decir en la senda del derecho procesal penal, es al Ministerio Público, el cual atendiendo al carácter mixto de nuestro sistema penal, será el encargado de perseguir el delito, es decir, de acudir al órgano jurisdiccional exponiendo su pretensión persecutoria y punitiva contra el ciudadano.

13. Ahora bien, debemos atender que si bien el derecho procesal penal es el camino que debemos transitar para concretar una sanción penal, entendida esta como restricción de alguno de nuestros derechos, su sólo ejercicio implica ya la afectación de nuestra libertad, esto es, que en su seno encontramos ya un enfrentamiento entre los derechos de la persona y la facultad del Estado para perseguir y castigar el delito, previo al encuentro, de la verdad. Ya el maestro Muñoz Conde decía: "El derecho procesal penal tiene su corazón dividido entre dos grandes amores: por un lado, la misión de investigar los delitos y castigar a los culpables; por otro, la de respetar en esa tarea determinados principios y garantías que se han convertido en el moderno Estado de Derecho en derechos y garantías fundamentales del acusado. Esto produce una contradicción difícil de solucionar: el respeto a las garantías y derechos fundamentales del acusado puede suponer y, de hecho, supone efectivamente, un límite a la búsqueda de la verdad que obviamente ya no puede ser una verdad a toda costa".(5)

Ministerio Público y garantías del individuo

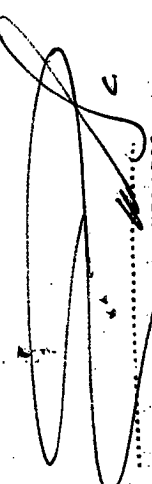
14. Necesario, resulta entonces detenernos a analizar si en la función estatal asignada al Ministerio Público, de perseguir el delito le corresponde la observancia de aquellas

SEGISMUNDO J. LEÓN VELASCO
JUEZ PENAL TITULAR




390
bre ad
Novel

garantías procesales, propias del proceso penal, toda vez que la discrecionalidad de los señores Representantes del Ministerio Público, en el ejercicio de la acción penal, genera una especie de interregno en el cual el individuo se encontraría, aparente y únicamente sujeto a dicha discrecionalidad, si es esa la interpretación que se pretenda otorgar a las disposiciones contenidas en los artículos 1°, 11° y 94° de la Ley Orgánica del Ministerio Público. (6)


SEGISMUNDO I. LEON VELASCO
JUEZ PENAL JUDICIAL

Sobre el particular es necesario tener en cuenta, en principio, que el diseño de un Estado Democrático de Derecho, implica que las limitaciones no sólo al ius puniendi del Estado, sino a toda su capacidad sancionadora en general, y a los procedimientos que se aplica para dicho fin, se ve reforzada por la plena vigencia que en ellos debe imperar de los derechos fundamentales, pues la concepción que en dicho medio se tiene de ellos, es que el Estado no es quien otorga los derechos fundamentales sino quien debe crear las condiciones de su realización. De esta manera, el Estado se legitima, entre otros criterios, por el de la realización de los derechos fundamentales. En esta noción del Estado, los derechos fundamentales son reconocidos, igual que en la tradición del derecho natural como propios del individuo, previos e independientes de aquél. Por lo tanto, los derechos fundamentales son derechos que limitan desde el principio la autoridad del Estado y operan como fuente de obligaciones del mismo" (7).


16. A este respecto, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha establecido que:

"El poder punitivo del Estado tiene límites impuestos por la Constitución. No debe ser arbitrario ni excesivo. Debe ser congruente con los principios constitucionales y razonablemente proporcionado no sólo al hecho delictivo, sino también al bien Jurídico protegido". (STC emitida el 15 de noviembre del 2001 en el expediente 0005-2001-AI-TC).

17. En el sentido antes expuesto "...la autoridad tiene límites constitucionales para ejercitar la potestad de sanción – tanto penal como administrativa – y debe respetarlos porque, en caso contrario, el sancionado se convierte en agraviado de una inconstitucionalidad, con el efecto de que la sanción sea declarada inválida por los procedimientos constitucionales correspondientes". (8) Evidentemente, y siendo consecuentes con dichos criterios, el Estado tiene igualmente límites para ejercitar su potestad no sólo sancionadora, sino también persecutoria.



18. Así pues, en este tipo de Estados, se reconoce a los derechos fundamentales un efecto irradiante no sólo al derecho ordinario, sino también a las propias normas constitucionales, (y al ejercicio que en su mérito se realicen) las cuales, necesariamente, tendrán que interpretarse en consonancia con aquellos derechos de la persona que ella misma reconoce, en tal sentido, todas las normas del ordenamiento jurídico deben ser entendidas sin restringir o alterar el contenido esencial de los derechos fundamentales, por lo tanto, siendo el ius puniendi del Estado un actuar en base a normas penales restrictivas de la "libertad" del hombre, las limitaciones a ese actuar - del Estado - en tanto protegen aquella "libertad", se constituyen en "garantías" fundamentales de las mismas; es dentro de estas circunstancias que debemos ir entendiendo que siendo el debido proceso un derecho fundamental, el mismo debe acompañar toda actividad del Estado, entendiéndose de los poderes y órganos que lo conforman, y que pueda afectar algún derecho del individuo.

SEGISMUNDO I. LEON VELASCO
JUEZ PENAL TITULAR

19. Es precisamente por lo expuesto que el nuevo Código Procesal Constitucional, tratando de abarcar los conceptos de acceso a la justicia, debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva, concibe la denominación de tutela procesal efectiva, la que evidentemente deberá corresponder a todos los procesos o procedimientos instaurados y que guarden relación con derechos fundamentales de la persona, conforme en su oportunidad ya lo menciona el profesor Monroy Palacios:

"...tanto en sede administrativa como legislativa es conocido que existen muchos procedimientos que, sin desarrollarse ante un juez y sin mantener, en variados supuestos, algunas de las características propias de la función jurisdiccional, deben ser desarrolladas con la debida observancia de las reglas que garantizan el derecho a un debido proceso(...) Por ello mismo, antes que hablar de *tutela jurisdiccional efectiva*, consideramos que es necesario referirnos a la *tutela procesal efectiva*. Una denominación que supera las notorias limitaciones del primer concepto y que sintoniza perfectamente con una realidad que se vislumbra cada vez más compleja". (9)

20. Inclusive se establece la necesidad de respetar el debido proceso, en los procesos denominados impropios, que es aquel en el cual la figura de quien juzga o toma la decisión es igual a la que formula su pretensión punitiva, es decir que ambas calidades, parte y juzgador, se reúnen en un mismo sujeto, como es el caso del procedimiento de despido laboral, previsto, por ejemplo, en el caso de nuestro derecho interno, en el primer párrafo del artículo 31 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y competitividad laboral. (10) Ello es así porque la defensa del proceso, como lo dice el profesor Bustamante Alarcón, "...es la defensa del último bastión de protección de la



30/11
Resolución
Revista
R

dignidad del ser humano, de la vigencia efectiva de sus derechos y de la supervivencia justa y pacífica de la comunidad humana". (11)

21. Es en este orden de ideas que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en resguardo de los derechos fundamentas, y evidentemente en una interpretación pro-homine, ha proyectado el contenido esencial de las garantías previstas en el artículo 8° inciso 2) de la Convención Americana de Derechos Humanos, que hace referencia a "garantías judiciales", a toda esfera procedimental del Estado que implique o pueda implicar afectación de derechos fundamentales; así pues sobre el particular, dicha instancia de justicia supranacional, ha expuesto:

"Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula garantías judiciales, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos..." (12)

22. Es decir, siguiendo el resumen que hace el profesor Remotti Carbonell, de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el particular "...las garantías del debido proceso se proyectan a toda actuación del Estado, que implique el ejercicio de su poder sancionador o que pueda afectar el ejercicio de los derechos. Así, pues, aun cuando el artículo 8 de la Convención tenga el rótulo de garantías judiciales, la Corte ha establecido que garantías del debido proceso no sólo vinculan a las autoridades judiciales en las diversas materias como la penal, civil, laboral o fiscal, etc., sino que alcanzan a todo tipo de procedimientos y órdenes que ejerzan funciones jurisdiccionales, sea administrativa, legislativa o judicial. Bastará entonces que una autoridad pública, aun cuando no sea judicial, dicte resoluciones que puedan afectar derechos para que se encuentre obligada a respetar las previsiones del debido proceso" (13).

23. Por su parte Ana Salado, expresa que: "En el año 2001 la Corte dio un paso sin precedentes al aplicar las exigencias del artículo 8.1 y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a los procesos no judiciales. Es cierto que en su opinión consultiva del 06 de octubre de 1987 ya había sostenido que si bien el artículo 8 se titula "garantías judiciales" su aplicación no se limita a los recursos judiciales en el sentido

SEGISMUNDO I. LEÓN VELASCO
JUEZ PENAL TITULAR



estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” (14).

24. Es en este sentido, que no debe haber duda alguna entonces que todo procedimiento estatal que implique afectación o peligro de afectación de derechos fundamentales, lleva consigo la implícita obligación de observar un debido proceso, consecuentemente con ello, nuestro máximo interprete de la Constitución, conforme al derrotero trazado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no hace sino participar de la interpretación más adecuada a la defensa de los derechos humanos, al considerar que el derecho constitucional al debido proceso, se proyecta, en el caso de los procesos penales, a su etapa prejurisdiccional; así estableció:

“3. De conformidad con el artículo 8°, inciso 2) literal “c” de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (...) durante el proceso, todo persona tiene derecho en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa. Este derecho constitucional por su naturaleza, compone el derecho al debido proceso garantizado en el artículo 139°, inciso 3) de la Constitución Peruana e implica el derecho a un tiempo “razonable” para que la persona inculpada pueda preparar y organizar una defensa, o eventualmente, recurrir a los servicios de un letrado para articularla o prepararla de manera plena y eficaz. El enunciado “durante el proceso” mencionado en el artículo 8° debe entenderse que se proyecta, en el caso de procesos penales, también al ámbito de su etapa prejurisdiccional, es decir, aquél cuya dirección compete al Ministerio Público (art. 159°, inciso 4) de la Constitución...” (15)

25. Es dentro de este contexto normativo y jurisprudencial que debemos evaluar e interpretar las facultades asignadas al Ministerio Público, en tanto titular de la acción penal pública, conforme así ya lo interpretó la Primera Sala Penal para procesos con reos en cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el H.C. N° 315-2004, que sobre el particular, refiere:

“... aparentemente la Ley orgánica del Ministerio Público podría admitir una opción menos garantista al referir que luego de recibir una denuncia de parte, el señor Fiscal Provincial Penal estaría facultado a formalizar la denuncia ante el Juez Instructor (Juez Especializado en lo Penal) sin investigación previa. Sin embargo este postulado no puede ser interpretado en sentido lato, en tanto que toda disposición legal debe ser asimilado bajo un marco de referencia constitucional, específicamente atendiendo a

SEBASTIÁN I. LEÓN VELASCO
JUEZ PENAL TITULAR



las garantías del debido proceso (con las previsiones que contienen) evitando alterar la tutela efectiva sin indefensión. Bajo este aspecto, debe precisarse que el Código de Procedimientos Penales no contiene previsión alguna en torno a la posibilidad que tiene el Ministerio Público una vez recibida una denuncia de parte”.

“Que, sin embargo, el Colegiado considera que el señor Fiscal Provincial en lo Penal puede amparar de plano una denuncia y formalizarla ante el Juez Penal, tratándose de casos de flagrante delito, en tanto que para los delitos no flagrantes que son puestos a conocimiento por imputación de un tercero, se requiere necesariamente la realización de investigación preliminar que otorgue el suficiente mérito para formalizar una denuncia penal como preámbulo del proceso penal.” (16)

La correcta apreciación del precedente judicial expuesto, y en esto debemos insistir, estriba en aceptar que el orden jurídico de un Estado debe estar orientado a garantizar el pleno ejercicio de los derechos humanos, debiendo su actuar ser consecuente con el mismo, evitando, en consecuencia, cualquier interpretación que implique limitación de los derechos, o restricción de las garantías que a ellos les asiste; la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dice:

“...la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos...” (17)

27. No debemos olvidar por último, a este respecto, que una de las consecuencias obligadas del reconocimiento de los tratados sobre derechos humanos por el Estado Peruano, es el de interpretar las normas constitucionales, y las infralegales por supuesto, de conformidad con dichas disposiciones supranacionales, por ende no queda duda alguna que toda actuación de los organismos del Estado, estará orientado a lograr la mayor plenitud de los derechos humanos, y en el caso de desplegar su actividad persecutoria o punitiva, orientado a conservar y observar las garantías procesales de los individuos, en este sentido no cabe admitir que el poder pueda ejercitarse sin limite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos (18), o lo que es lo mismo, que existan enclaves autoritarios, en donde la posible afectación de derechos



fundamentales se haga sin más expresión de causa que la dispensa concedida por alguna norma legal(19);

28. Lo precedentemente expuesto resulta necesario de ser anotado, siguiendo el criterio de la Primera Sala Penal de Lima, antes citada, pues la tentación de considerar no obligatoria la investigación fiscal en los casos de denuncias de delitos no flagrantes, es grande a mérito de una interpretación restrictiva del artículo 94° inciso 2) de la Ley Orgánica del Ministerio Público, interpretación que además de restrictiva, resultaría sesgada si es que no se tiene en cuenta, que uno de los mayores encargos del Ministerio Público es la defensa de los derechos del ciudadano, conforme lo dispone el artículo 1° de su misma Ley Orgánica.

La formalización de denuncia y el resguardo de otros derechos fundamentales.

Resulta de incuestionable importancia comprender que la propuesta formal de someter a un individuo a proceso penal – que implican desde ya la posibilidad de disponer medidas de coerción en su contra – tiene necesariamente que contar con el cumplimiento de ciertos requisitos, que para el caso, constituirán garantías de primer orden hacia el individuo; en este sentido será necesario “...no sólo la posibilidad de encuadrar la conducta en una figura penal, sino además que pueda pensarse, fundadamente (es decir, basándose en pruebas) que su participación en el hecho típico es también antijurídica, culpable y punible, para evitar que la afectación al derecho al honor de aquélla (por la connotación estigmatizante que tiene el sometimiento a un proceso penal (...)) y la situación de “innegable restricción de la Libertad” que el proceso conlleva, configuren limitaciones arbitrarias a los derechos tutelados por el sistema constitucional”. (20)

30. El Principio de inocencia es una presunción que no sólo opera intra-proceso, sino extra-proceso, es una presunción que acompaña al individuo, antes y durante el proceso, en tal sentido, el mismo - presunción de inocencia - así como los derechos del buen nombre y al honor, se ven menoscabados por el carácter público de la imputación (por la posibilidad que cualquiera pueda tener conocimiento de ella), por lo que se requiere a los órganos estatales el máximo de cuidado para no vulnerar ni favorecer la misma.

31. El requisito básico que debe respetarse, en este sentido, será el de preservar, cuidar, proteger a las personas de arbitrarios, indebidos, irregulares sometimientos a proceso, estableciendo determinadas exigencias, que aseguren una actuación razonable, relacionada sustancialmente con la concurrencia de cierto caudal de pruebas, tanto de cargo como de descargo, compulsadas si bien no en un proceso dilatado, si en uno

SEGISMUNDO I. LEON VELASCO

JEFE PENAL TITULAR

393
Traseo
Rosa



debido, que permita construir adecuada y justificadamente la pretensión persecutoria del representante del Ministerio Público.

El derecho a la tutela procesal efectiva y el caso concreto

32. Ahora bien, establecida la necesidad que en la etapa pre-judicial o de investigación preliminar se garantice y respete el derecho al debido proceso, corresponde avocarnos al estudio de lo actuado a nivel fiscal en la denuncia formalizada contra el favorecido del presente proceso constitucional Fernando Cantuarias Salaverry, en sus aspectos más relevantes con la finalidad de determinar si en efecto se vulnero los derechos que alega en su demanda. Sobre el particular, debemos entonces señalar:

- a) Interpuesta la denuncia en contra del señor Fernando Cantuarias Salaverry, se dispuso citar a "los imputados" para el 22 de marzo del año en curso.
- b) Mediante escrito del 28 de marzo la parte denunciante solicita se formalice la denuncia, disponiéndose mediante resolución de la misma fecha citar al denunciante, al denunciado y al señor Enrique Lastre Berninzon.
- c) Mediante escrito del 01 de abril la parte denunciada solicita se suspenda la investigación preliminar y se eleve los actuados a la fiscalía superior decana, lo cual es declarado improcedente por resolución del once de abril, disponiéndose citar nuevamente al denunciado.
- d) Mediante escritos del 20 de abril la defensa del denunciado solicita se conceda informe oral y se re programe fecha de declaración indagatoria, disponiéndose mediante resolución del veintiuno de abril, el uso de la palabra para el 04 de mayo y la declaración indagatoria para el 05 del mismo mes.
- e) Mediante escrito del 04 de mayo la defensa del denunciado solicita reprogramar fecha y hora para la realización del informe oral, toda vez que según refieren la misma se había programado antes que culmine la actividad probatoria.
- f) Mediante escrito del 05 de mayo se solicita se señale nueva fecha para la declaración indagatoria del señor Fernando Cantuarias.
- g) El 06 de mayo la defensa del denunciado presenta un escrito de descargo, el cual se dispone tener presente.
- h) Mediante escrito del 09 de mayo la defensa del denunciado solicita la actuación de medios probatorios.
- i) El 10 de mayo se formaliza la denuncia penal correspondiente.

REGISTRADO
SERGISMUNDO I. LEON VELASCO
JUZGADO PENAL
TITULAR



33. Frente a los hechos descritos la parte demandante del presente proceso alega que se ha violado su derecho a la defensa pues el señor Fernando Cantuarias ha sido denunciado sin que se haya recibido siquiera su declaración indagatoria, la que si bien se señaló en cuatro oportunidades, sus citaciones correspondientes resultaron inválidas, excepto la última de ellas, respecto de la cual se solicitó reprogramación, sin obtener respuesta alguna, sólo la formalización de la denuncia.

34. Sobre el particular debe tenerse en cuenta que de la revisión de lo actuado se tiene que efectivamente la primera citación fue efectuada a domicilio distinto del domicilio real del denunciado (aún no contaba con domicilio procesal); la segunda citación se realizó al domicilio procesal señalado en autos, no obstante lo cual la citación llegó al día siguiente de señalada la diligencia; la tercera citación se efectuó nuevamente al domicilio efectuado en la primera citación, que no correspondía a su domicilio real, ni tampoco al procesal que ya se había señalado en autos; la cuarta citación se realizó dentro de los plazos establecidos y en el domicilio procesal señalado en autos, no obstante lo cual la defensa del denunciado solicitó la reprogramación del mismo, sin haberse obtenido respuesta sobre el particular.

35. Conforme a lo descrito precedentemente se comprueba que efectivamente existió sólo una citación válida a efectos que el señor Fernando Cantuarias pueda prestar su declaración indagatoria, respecto a la cual se solicitó una nueva fecha, no habiendo resuelto dicha petición el señor Representante del Ministerio Público, procediendo en efecto a formalizar su denuncia. Sobre el particular resulta necesario resaltar que estando a la importancia de la declaración de la parte denunciada (tanto así que el señor Fiscal lo cito aparentemente 4 veces, lo que demostraría que a su buen criterio resultaba también importante la misma) no haya tomado las precauciones del caso para que la misma se efectivice, guardando silencio inclusive sobre el pedido de señalamiento de una real segunda citación.

36. De igual forma también debe tenerse en cuenta, que en efecto, no obstante aún no haber culminado el acopio de pruebas pertinentes, ni siquiera la realización de la declaración indagatoria, el señor Fiscal señaló fecha del informe oral en fecha previa a ésta, contrariando la razón de ser de los informes orales, que pretende ser una exposición final de lo actuado, antes que se resuelva los de la materia, por lo que en todo caso, debió exponer su distinto parecer, cuando se le señaló lo incorrecto de su citación, no obstante lo cual igualmente no emitió pronunciamiento alguno sobre el escrito para que se reprogramme la realización del informe oral.

SEGISMUNDO I. LEON VELASCO
JUEZ PENAL TITULAR



37. Resulta igualmente cierto lo expuesto por la parte demandante ~~en el sentido que el~~ Representante del Ministerio Público guardo silencio respecto a su escrito ~~por el cual se~~ solicitaba la actuación de algunos medios probatorios, los que si bien es cierto no necesariamente requieren ser aceptados por dicho Ministerio, si requieren un pronunciamiento respecto a su pertinencia y/o procedencia, atendiendo a la necesidad que de ellos requiera para formar su criterio respecto de la denuncia puesta en su conocimiento.

38. Por último debe tenerse en cuenta si se efectúa un análisis global de lo actuado en sede fiscal se verifica que no ha existido una adecuada organización de la investigación preliminar, no existiendo siquiera una resolución formal que abra el citado proceso investigador, mucho menos las diligencias que, después del estudio realizado a la denuncia, resulten necesarias al criterio del señor fiscal para, de ser el caso, formalizar su denuncia.

39. En efecto, de la minuciosa revisión efectuada a lo actuado a nivel de la fiscalía se observa que no ha existido una investigación dirigida por el señor fiscal y orientada a fin determinado, sino por el contrario, una pretendida acumulación de pruebas de manera no sistematizada ni racional, lo que evidentemente, constituye un campo dentro del cual las posibilidades de afectar el debido proceso se hacen manifiestas. Aún en el caso que el señor Representante del Ministerio Público no este en la obligación de abrir investigación preliminar, en casos distintos a la flagrancia (supuesto rechazado por esta Judicatura, conforme se expuso líneas arriba), si procede a abrirlo, estará entonces ligado a la observancia de un debido proceso, en este caso investigador pre-jurisdiccional, sin que se admita justificación alguna en el sentido de no estar obligado al cuidado de las garantías procesales en un proceso, respecto del cual, considera, no se estuvo en la obligación de aperturar.

40. Lo precedentemente expuesto cobra sentido si atendemos, que, aun en la lógica de no ser obligatoria la investigación prejurisdiccional, sino, siguiendo ese criterio, facultativa, si formulada una denuncia de parte, se dispone abrir una investigación, se hará en el entendido que el señor fiscal Provincial, requiere, después del análisis de los sustentos fácticos y jurídicos de la denuncia, de algunas actuaciones probatorias a fin de obtener certeza en su criterio y formular la correspondiente denuncia o en su caso rechazar la misma. En el caso que nos ocupa, frente a la denuncia de parte, no existe siquiera algún decreto de la fiscalía que abra investigación preliminar, consecuentemente tampoco las

SEGISMUNDO I. LEON VEGASCO
TITULAR
JUEZ PENAL



diligencias que requerirá para despejar las dudas que le impidieron rechazar o formalizar la denuncia puesta en su conocimiento, sino únicamente dos cargos de notificación dirigida al DENUNCIANTE, para que preste su declaración, las demás actuaciones de la fiscalía se realizarán según los requerimientos que fueron presentando las partes.

41. En efecto, sólo a consecuencia de un escrito presentado por la DENUNCIANTE (el 14 de marzo, casi dos meses después de interpuesta la denuncia), la fiscalía, atendiendo al pedido formulado, llama a comparecer a tres personas (Santisteban de Noriega, Avila Cabrera y Lastres Berninzón); posteriormente, frente al requerimiento de la DENUNCIANTE para que se formalice su denuncia, la fiscalía cita a la parte DENUNCIANTE, AL DENUNCIADO y a tercera persona (Lastres Berninzon). Estas y las posteriores actuaciones de la fiscalía no permiten encontrar una línea de investigación en sus actuaciones, habiéndose logrado al final de la misma sólo la declaración indagatoria de la parte DENUNCIANTE, de ninguno de los terceros, ni del denunciado, quienes tienen solicitudes presentadas para que se les señale nueva fecha de declaración, sin respuesta alguna; las que en todo caso, si no le servían para formar su criterio, debió rechazarlas por innecesarias, impertinentes; o en caso de no ser posible su actuación, declararlas improcedentes.

42. A lo expuesto debe agregarse, que frente a la única citación válida efectuada al denunciado para prestar su declaración indagatoria, la parte denunciante tuvo tres citaciones válidas, habiendo solicitado en la primera de ellas una nueva fecha, no habiendo asistido a la segunda fecha, motivo por el cual sólo en la tercera oportunidad rindió la misma; no obstante frente a la solicitud de la parte denunciada para que se le conceda una nueva fecha a efectos de rendir su declaración indagatoria, se obtuvo como respuesta la formalización de la denuncia en su contra. Sobre este particular debe tenerse en cuenta, además, que no existe en autos documento alguno presentado por la parte denunciante a efectos de no concurrir a la segunda citación que se le efectuó (para el 18 de marzo); no obstante ello se le señaló nueva fecha (para el 31 de marzo), lo que si bien, no consideramos indebido, si lo es, que la parte denunciada no haya tenido el mismo trato.

43. Debe tenerse en cuenta que la potestad con la que cuentan los señores representantes del Ministerio Público a efectos de formalizar una denuncia penal, en casos distintos a los delitos flagrantes, debe estar no sólo acompañado de una investigación preliminar, sino de una en la que se haya respetado los derechos del denunciado, y en la que evidentemente se haya observado un debido proceso, pues lo contrario convierte a esta potestad o

SEGISMUNDO I. LEÓN VELASCO

JUEZ PENAL TITULAR



395
Roscoe
Peru
12

facultad en una arbitrariedad; en efecto no se puede sustentar, de manera contraria a la defensa de los derechos de la persona, que la facultad discrecional de formular denuncia penal, de oficio o a petición de parte, concedida por el artículo 159, incisos 1), 4) y 5) de la Constitución Política del Estado, así como el 94 inciso 2) de la Ley Orgánica del Ministerio Público, significan de forma alguna una potestad ilimitada del Estado, de formalizar su pretensión persecutoria y punitiva, que constituyen restricciones al derecho fundamental a la libertad, sin que la misma se encuentre cubierta con las garantías necesarias asignadas a los individuos a efectos de impedir la ominosa carga de ser sujetos de la formalización de una denuncia penal.

SEGISMUNDA I. LEON VELASCO
PENAL TITULAR
JULIO 1977

Si bien todos los ciudadanos tenemos el derecho de formular peticiones a los órganos del Estado, entre ellas formular denuncias (de buena fe se entiende), el Ministerio Público como órgano estatal especializado debe proceder con mayor cautela en el ejercicio de la facultad concedida constitucionalmente, conforme se explico líneas arriba, pues la formalización de su denuncia, no sólo debe implicar una actuación de buena fe, sino una actuación especializada que vincula un pronunciamiento del órgano jurisdiccional, con las consecuencias legales que ello genera.

Sobre el concepto del debido proceso y otros derechos vulnerados

- 45. Ahora bien realizada la descripción fáctica, es necesario señalar que es lo que se entiende por debido proceso; así tenemos que el debido proceso se define como "...el conjunto de condiciones jurídicas de carácter formal y sustancial, que necesaria e indubitadamente deben cumplirse para asegurar el adecuado procesamiento judicial de una persona. Por ende, plantea la composición de un conjunto de derechos para el justiciable y un cúmulo de obligaciones para el Estado" (21).
- 46. Así la imposición de alguna sanción estatal debe ser la consecuencia de un proceso o procedimiento seguido contra un individuo observando las garantías que sobre el particular se hayan establecido, ello siempre que se pretenda un pronunciamiento válido; es en este sentido, que estando a su trascendencia, las principales declaraciones y pactos internacionales realizados sobre el particular, consignan como derecho fundamental la protección del debido proceso: así atendiendo a lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la materia objeto de comentario se encuentra contemplada en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; los artículos XVIII Y XXVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre;



los artículos 9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 8 de Convención Americana sobre Derechos Humanos.

47. Por su parte debe tenerse en cuenta que las notificaciones, citaciones y emplazamientos no constituyen meras exigencias formales en la tramitación procesal, sino mandato de las leyes procesales para garantizar a los litigantes o a aquellos que deban o puedan serlo, la defensa de sus derechos e intereses legítimos, de manera que "no hay que insistir mucho acerca de la natural relación de los actos de comunicación procesal con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y con la proscripción de la indefensión" (22).

48. Por lo tanto se da la situación de indefensión no sólo cuando se priva al justiciable del derecho de defensa, sino también cuando se produzca una disminución indebida de las posibilidades de la misma; la indefensión se caracteriza por suponer una privación o una limitación del derecho de defensa, que si se produce por concretos actos de los órganos estatales entraña mengua del derecho de intervenir en el proceso, de actuación de pruebas, de ser oído, etc.

49. En este sentido, de lo actuado en la etapa prejurisdiccional, se evidencia afectación del derecho al debido proceso, al haberse limitado el derecho de defensa del denunciado: No habersele recibido su declaración indagatoria, no haberse dado fecha correcta para su informe oral y no haberse emitido pronunciamiento alguno sobre los medios de prueba de descargo ofrecidos por éste, restringiendo en este sentido, su derecho a probar la veracidad de sus alegaciones, con las que es lógico pensar, pretendía desbaratar los cargos formulados en su contra.

50. De otro lado el derecho a la igualdad de armas, pretende garantizar la igualdad de las partes en la aplicación de las normas procesales, a efectos de asegurar a ambas partes en conflicto, en este caso denunciante y denunciado, gocen de los mismos medios de ataque y defensa, es decir de cargo y descargo; a efectos de garantizar el equilibrio entre ambos, de forma que dispongan de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación.

51. En este último caso se evidencia que la parte denunciante contó hasta con tres oportunidades válidas para reiterar los cargos formulados contra el denunciado, oportunidades con las que no contó éste, cuando evioñentemente, frente a una denuncia de

SEBASTIÁN I. LEÓN VILLASCO

JUEZ PENEAL TITULAR

3 al
resu
revisar

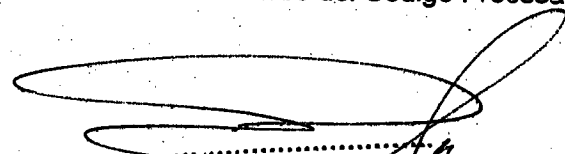


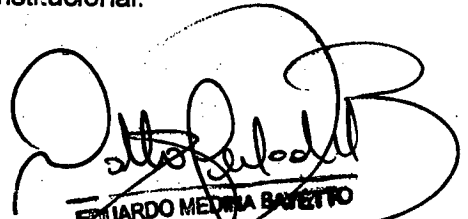
parte, la declaración de descargo resulta de mayor importancia que la reiteración de los cargos formulados.

52. Si bien se ha constatado una deficiente investigación fiscal, debe tenerse en cuenta, conforme a lo declaración prestada por el señor Representante del Ministerio Público, obrante a fojas 99 y ss, que su despacho soporta una carga aproximada de setecientas denuncias que ingresan por turno, estando encargado de tramitar las denuncias con reos en cárcel, lo cual evidencia, una vez más, que la abultada carga procesal constituye una circunstancia que en mayor medida que en circunstancias normales, podría generar, como ha sucedido en el presente caso, afectación de derechos fundamentales, sin que se haya evidenciándose de lo actuado actitud dolosa alguna que requiera ser puesta en conocimiento del Ministerio Público, resultando inaplicable el artículo 8° del Código Procesal Constitucional.

RESOLUCIÓN SOBRE EL FONDO.-

En consecuencia, por los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en la parte considerativa de la presente resolución, con el criterio de conciencia que la ley autoriza, e impartiendo justicia a nombre de la Nación, el suscrito Juez del Trigésimo Noveno Juzgado Penal de Lima, **FALLA: DECLARANDO FUNDADA** La demanda constitucional de **HÁBEAS CORPUS**, interpuesto contra el señor Representante del Ministerio Público, doctor **SILVIO MÁXIMO CRESPO HOLGUÍN**, Fiscal Provincial en lo Penal de la Trigésima Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, en tal sentido: se **DECLARA** insubsistente la formalización de denuncia realizada por el referido representante del Ministerio Público; se **DECLARA** nulas las actuaciones y resoluciones judiciales realizadas con posterioridad a la formalización de dicha denuncia; se **DISPONE** que el señor Juez del Sexto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, cumpla con devolver los actuados a que se refiere la citada denuncia a la Trigésima Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, la que posterior a los registros respectivos deberá remitir la misma a la oficina correspondiente a efectos que se distribuya a otra Fiscalía Provincial Especializada en lo Penal de Lima, la cual deberá sustanciar en el plazo más breve, y observando el debido proceso, la denuncia materia del presente pronunciamiento; **INAPLICABLE** el artículo octavo del Código Procesal Constitucional.


SEGISMUNDO I. LEÓN VELASCO
JUEZ PENAL TITULAR


EDUARDO MEDINA BARETTO
SECRETARIO (E)
3. JUZGADO ESPECIALIZADO PENAL DE LIMA



- (1) Vladimiro Naranjo Mesa, Teoría Constitucional e Instituciones Políticas, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogota, Colombia, 2000. Pag. 245.
- (2) Gregorio Badeni, Tratado de Derecho Constitucional, Tomo I, Editorial La Ley, Buenos Aires Argentina, 2004. Pag. 340
- (3) Sobre el particular Gregorio Badeni, expresa que los objetivos que persigue el poder de policía, debe ser necesario para conseguir o mantener, en su caso: 1) El bienestar general, promoviendo el desarrollo material y espiritual de la comunidad, 2) establecer y preservar el orden, la paz, la dignidad y tranquilidad públicos, 4) proteger la salud pública, 5) defender la seguridad pública, etc. Op. Cit. Pag. 345.
- (4) Alberto M. Blinder, Introducción al Derecho Procesal Penal, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, Argentina, 1993. Pag. 37.
- (5) Francisco Muñoz Conde, Búsqueda de la verdad en el proceso penal, Editorial Hammurabi Buenos Aires – Argentina, 2000, Pag. 12
- (6) Artículo 1°.- El Ministerio Público es un organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, (...) la persecución del delito y la reparación civil (...).
- Artículo 11°.- El Ministerio Público es el titular de la acción penal pública, la que ejercita de oficio, a instancia de la parte agraviada o por acción popular (...)
- Artículo 94°.- Inciso 2) (...) Si el Fiscal estima procedente la denuncia, puede, alternativamente, abrir investigación policial para reunir la prueba indispensable o formalizarla ante el Juez Instructor (...)
- (7) Enrique Bacigalupo, Principios constitucionales de Derecho Penal, Editorial Hammurabi SRL. Buenos Aires, Argentina, 1999, Pag. 13.
- (8) Marcial Rubio Correa, La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional". Fondo Editorial de la PUCP. Lima, Perú. 2005. Pag. 199.
- (9) En Christian Donayre Montesinos, El Hábeas Corpus en el Código Procesal Constitucional, Jurista Editores, Lima – Perú, 2005, Pag. 160.
- (10) Reynaldo Bustamante Alarcón, Derechos Fundamentales y proceso justo, ARA Editores, Lima – Perú, 2001, Pag. 178 y ss
- (11) Reynaldo Bustamante Alarcón, Op.Cit. Pag. 181.
- (12) CIDH, Caso Baruch Ichver contra Perú, sentencia sobre el fondo, fundamento 102. Caso Tribunal Constitucional contra Perú, sentencia sobre el fondo, fundamento 69.
- (13) José Carlos Remotti Carbonell, La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Editorial Moreno S.A., Lima- Perú, 2004, Pag. 372.



397
W. C. C.
W. C. C.

- (14) Ana Salado Osuma, Los casos peruanos ante la CIDH, Normas Legales Editora, Lima – Perú, 2003, Pag. 325, 326
- (15) STC, resolución del 15 de abril del 2002, recaído en el expediente N° 1268-2001 - H.C/TC
- (16) Resolución del 13 de diciembre del 2004, recaído en el expediente de H.C. N° 315-2004
- (17) CIDH; Caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988.
- (18) José Cafferata Nores, Proceso Penal y Derechos Humanos, Editores del Puerto SRL., Buenos Aires – Argentina, 2000, Pag. 16
- (19) "...en otras palabras, la restricción arbitraria a los derechos humanos es aquella que, aun comparándose en la ley, no se ajusta a los valores que informan y dan contenido sustancial al Estado de Derecho". Comisión Andina de Juristas, Protección de los derechos humanos: definiciones operativas, Lima, 1997 Pag. 39.
- (20) José Cafferata Nores, Op. Cit. Pag. 67.
- (21) Victor García Toma, Los Derechos Humanos y la Constitución, Editorial Gráfica Horizonte, Lima – Perú, 2001, Pag. 431.
- (22) Francisco Cordón Moreno, Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal, Editorial Aranzadi S.A. Navarra – España, 1999, Pag. 135

SEGISMUNDO I. LEON VELASCO

SENAJ
PENAL
TRIALA

ANEXO I



400
meza

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

SEXTO JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO PENAL DE LIMA
Paseo de la República s/n - Palacio de Justicia Of. 119



Exp. Nro. 279-05
Sec. Quispe

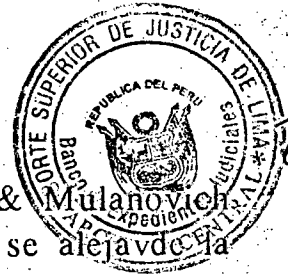
AUTO APERTORIO DE INSTRUCCIÓN

Lima, veintiséis de mayo del año
Dos mil cinco .-

AUTOS Y VISTOS; y, ATENDIENDO: Que del Atestado Policial y denuncia del Representante del Ministerio Público que anteceden, resulta que; la empresa agraviada "Compañía de Exploraciones Algamarca Sociedad Anónima" y "Minera Sullidcm Shahuindo Sociedad Anónima Cerrada", ingresaron a un Proceso Arbitral, cuyo tribunal estaba integrado por el denunciado Fernando Cantuarias Salaverry, así como por los árbitros Jorge Santisteban de Noriega y Victor Avila Cabrera; es así que la firma afectada plantea recusación contra el referido denunciado mediante escrito cuya copia se inserta de fojas nueve a trece, ante lo cual el recusado realiza un descargo mediante escrito cuya copia obra a fojas catorce a veintisiete; en la que precisa "que una empresa ajena a las de la controversia, contrata los servicios de un bufete de abogados, al cual presta sus servicios y le fue designada la defensa de la misma denominada Compañía Minera Poderosa Sociedad Anónima", aseverando en otro punto de su descargo, que dicha defensa la ejerció de misma episódica, esto es transitoria, y que se alejó del Estudio de su padre en mil novecientos noventiséis de manera definitiva; y por último, que con la persona de Enrique Lastres Berninson sostuvo una relación profesional indirecta, por la defensa antes mencionada, pero que dicha vinculación concluyó al término de la defensa; sin embargo, con el acta de constatación notarial de fojas treintinueve a cuarentidós se determina que el denunciado Fernando Cantuarias, no ha prestado servicios en el Estudio de sus señor padre Fernando Cantuarias Alfaro, como lo indicó en su descargo, sino que a formado parte del mismo en calidad de socio; y , además, con la ficha registral de fojas cuarentitres a cuarenticinco se establece que inclusive el imputado en el año mil novecientos noventiocho aportó mayor capital, atendiendo una mayor participación

KARINA MORENO DE MONTREUIL MEZA
SECRETARÍA PENAL

JULIO M. QUISPE YBARRA
SEXTO JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO PENAL
Corte Superior de Justicia de Lima



en la sociedad denominada Cantuarias Garrido Leca & Mulanovich Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada, entonces se alejavo de la realidad ; la aseveración de haberse alejado definitivamente desde el año de mil novecientos noventiséis, toda vez que forma parte del mismo hasta la fecha ; por otro lado, se ha puesto de manifiesto la relación entre el denunciado con la persona de Enrique Lastres Berninson, al haber sido este último accionista y directivo de la Compañía Minera Poderosa, las misma que contrata los servicios profesionales del Estudio Cantuarias, Garrido Leca & Mulanovich, ejerciendo de esta manera la co-defensa de la compañía Minera con el imputado en el proceso arbitral seguido con la firma Minero Pataz EPS, además, que Lastres Berninson es actualmente Vicepresidente de la Minera Sulliden Shahuindo Sociedad Anónima Cerrada, la que ventila el proceso arbitral en la que se planteo la recusación controvertida, y a su vez, forma parte del Consejo Directivo del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía, el mismo que designó al denunciado Cantuarias Salaverry como árbitro en la controversia sujeta al arbitraje; de lo expuesto, se aprecia, que el denunciado no únicamente omitió comunicar su condición de socio y aportante de dicho estudio de abogados ; a las partes y demás miembros del Tribunal Arbitral, conforme lo establece el artículo veintinueve de la Ley general de Arbitraje; sino que además, con los datos inexactos proporcionados indujo a error al Tribunal para obtener la resolución que obra a fojas veintiocho a treintiocho, por la cual se declaró infundada la recusación; Que los hechos denunciados constituyen delito Contra la Fe Pública - Falsedad Genérica - y delito Contra la Administración de Justicia - Fraude Procesal - ; ilícitos previstos y penados en los artículos cuatrocientos treintiocho y cuatrocientos dieciséis del Código Penal ; Que dado estos presupuestos resulta necesario ; efectuar la correspondiente investigación judicial a fin de esclarecer lo hechos incriminados en la "notitis criminis" y a fin establecer la responsabilidad o no del denunciado; identificado que ha sido este y no habiendo prescrito la acción penal; y ademas estando a lo establecido en el artículo setenta y siete del Código de Procedimientos Penales modificado por la Ley veinticuatro mil trescientos ochentiocho;

ABRASE INSTRUCCIÓN en la vía SUMARIA contra FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY por el delito Contra la Fe Pública - Falsedad Genérica -, en agravio de la Compañía de Exploraciones Algamarca Sociedad Anónima y por delito Contra la Administración de Justicia - Fraude Procesal -, en agravio del

[Handwritten signature]
 KARINA LEBETH DE MONTAEUIL MEZA
 JUEZ PENAL

[Handwritten signature]
 JULIO M. QUISPE YGUISA
 SECRETARIO
 Sede: Instituto Superior de Justicia de Lima



Estado Peruano; y, Que para los efectos de dictarse embargo preventivo en el presente proceso es necesario tener en cuenta que el procesado al efectuar su defensa en la etapa preliminar ha contado con todas las garantías necesarias para hacer valer su derecho a la defensa ; aportando las pruebas necesarias a fin de no quedar en estado de indefensión; que así mismo de dicha investigación preliminar se prevee que este no eludirá la acción de la justicia ni mucho menos perturbara la actividad probatoria y que sea el caso la pena a imponerse no superaría los cuatro años de Pena Privativa de la Libertad ; considerando por lo que se encuentra inmerso en lo dispuesto en el artículo ciento cuarenta y tres del Código Procesal Penal; en consecuencia **DÍCTESE** ; contra el procesado, orden de COMPARECENCIA RESTRINGIDA ; debiendo observar las siguientes restricciones : a) No variar domicilio sin autorización del juzgado, b) No ausentarse de su lugar de residencia sin autorización del juzgado, c) Concurrir al local del juzgado las veces que sea requerido, d) consignar la prestación de una CAUCIÓN de QUINIENTOS NUEVOS SOLES - en caso de insolvencia ofrecer garantía patrimonial o fianza personal - y deberá de hacerse efectiva ante el Banco de la Nación, en el plazo de setentidós horas de notificado más el término de la distancia; bajo apercibimiento de revocársele la medida y disponiéndose la DETENCIÓN en caso de incumplimiento previo requerimiento; para tal efecto **RECÍBASE** la declaración instructiva del procesado el día cuatro de julio del año en curso a las diez de la mañana, notificándose, **RECÍBASE** la declaración preventiva del Procurador Público del Sector y del representante legal de la empresa agraviada el cinco de julio del año en curso a las nueve y once de la mañana respectivamente, notificándose; **RECÍBASE** la declaración testimonial de Mayte Remy Castagnola, Jorge Santisteban de Noriega y Victor Avila Cabrera el seis de julio a las nueve, diez y once de la mañana respectivamente, notificándose; **RECÍBASE** la declaración testimonial de Enrique Lastres Berninzon y de Fernando Cantuarias Alfaro el siete de julio del año en curso a las nueve y once de la mañana respectivamente, notificándose; y, Realícense las demás diligencias que sean necesarias para el mejor esclarecimiento de los hechos; **Al Otro sí digo: Conforme a lo solicitado TRÁBESE EMBARGO PREVENTIVO** sobre los bienes del procesado debiendo para tal efecto señalar los bienes libres sin perjuicio de oficiar a las entidades correspondientes a fin que informen si tienen a su nombre cuenta bancaria, vehículo y/o inmuebles, conforme al artículo noventa y cuatro del Código de

[Handwritten signature]
 LIBERTY DE MONTEJIL MEZA
 JUEZ PENAL

[Handwritten signature]
 JULIO M. QUIROGA
 SECRETARIO JUDICIAL I
 Sexto Juzgado Penal
 Corte Superior de Justicia de Lima



402
[Handwritten signature]

procedimientos Penales, formándose cuaderno respectivo y, Dése cuenta de la apertura de la instrucción a la Sala Superior, con citación. -

[Handwritten signature]
KARINA LIZBETH DE MONTREUIL MEZA
JUEZ PENAL

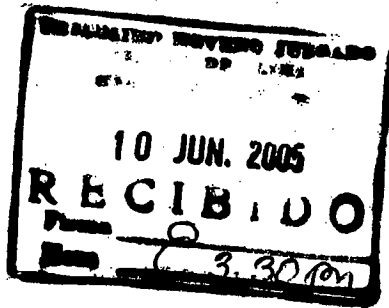
[Handwritten signature]
JULIO M. QUISPE YGUA
SECRETARIO JUDICIAL I
Corte Superior de Justicia de Lima

En la misma fecha de la resolución que antecede notifíquese al Fiscal Provincial quien enterado firmo, doy fé. -

[Handwritten signature]
JULIO M. QUISPE YGUA
SECRETARIO JUDICIAL I
Sexto Juzgado Penal
Corte Superior de Justicia de Lima

ANEXO J





499
cuales
mes

SECRETARIO: Medina Bayeto.
39° JUZGADO PENAL
ACCION DE HABEAS CORPUS.
SUMILLA: INTERPONE
RECURSO DE APELACION DE
SENTENCIA.

SEÑOR JUEZ DEL TRIGESIMO NOVENO JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO PENAL DE LIMA.

SILVIO MAXIMO CRESPO HOLGUIN,
Fiscal de la Trigésima Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, en la Acción de Hábeas Corpus promovida por el Doctor Renee Quispe Silva, a favor del señor Fernando Cantuarias Salaverry, a usted digo:

I.- PETITORIO:

*Que, al amparo del Art. 139° inc. 6° de la Constitución Política del Perú, en concordancia con el Art. 35° del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237), recurro a su Despacho dentro del término de ley, a efectos de Interponer **RECURSO DE APELACION** contra la resolución expedida por su Judicatura con fecha 07 de junio del año en curso, y notificada al suscrito el 09 del mismo mes y año, mediante la cual Resuelve declarando Fundada la demanda Constitucional de Hábeas Corpus interpuesta contra mi persona, en calidad de Fiscal de la Trigésima Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima; Declara Insubsistente la formalización de denuncia y Nulas las Actuaciones y Resoluciones Judiciales realizadas con posterioridad a la formalización de denuncia; dispone que el señor Juez del Sexto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, devuelva los actuados a la 38° Fiscalía, y a su vez ser remitida para su redistribución; e Inaplicable el Art. 8vo. Del Código Procesal Constitucional; a fin de que la Instancia Superior la examine, y compulsando los errores de hecho y de derecho que contiene, la revoque y reformándola declare, improcedente la demanda de hábeas corpus.*

Silvio Máximo Crespo Holguín
Fiscal Provincial Titular
38° FISC. PROV. PENAL-LIMA

II.- ANTECEDENTES:



2110
quea
der

Que, los hechos materia de la presente Acción Constitucional, tienen su origen en la denuncia que ingresara a la Fiscalía Provincial a mi Cargo, durante el Turno realizado entre el 24 y 31 de enero del presente año, y que mereció el siguiente orden procesal:

- 1.- *Con fecha 27 de enero del año en curso, ingresó a través de Mesa de Partes Unica de las Fiscalías Provinciales Penales de Lima, una denuncia de parte interpuesta por la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. contra la persona de Fernando Cantuarias Salaverry, por los delitos contra la Fe Pública en su modalidad de Falsedad Genérica, y contra la Administración de Justicia en su modalidad de Fraude Procesal*
- 2.- *Con fecha 11 de febrero del mismo año se dispuso abrir Investigación Fiscal, citándose en primer orden al Representante Legal de la firma denunciante, con el objeto de prestar su declaración indagatoria, la misma que se llevó a cabo luego de una solicitud de postergación.*
- 3.- *Durante la investigación se citó a la parte denunciada hasta en cuatro oportunidades para prestar su declaración indagatoria, y efectuar sus descargos en dicho acto, sin concurrir a ninguno de los mismos.*
- 4.- *Igualmente se citó a su Abogado Defensor, a su solicitud a efectos de Informar Oralmente, quien tampoco concurrió a la diligencia programada.*
- 5.- *Después de haber agotado los requerimientos, y haberse reunido indicios razonables de la comisión de los delitos imputados, que merecían fundadamente promoverse la acción penal, mi Despacho después de haber transcurrido más de tres meses formulo denuncia penal, solicitando al Organismo Jurisdiccional abrir proceso penal, para llevarse a cabo una prolija investigación en instancia judicial.*

Silvia Márquez
Fiscal Provincial Titular
3er PISC. PROV. PENAL-LIMA

III.- FUNDAMENTOS DE HECHO DEL MEDIO DE IMPUGNACION:

Errores de Derecho



1.- Primer Error de Derecho: La Inobservancia del Principio Interpretativo Obligatorio

La Sentencia ha omitido determinar los límites del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental invocado con arreglo al caso concreto, valorando en abstracto el derecho al debido proceso, dándole un alcance ilimitado y absoluto que contradice la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quebrantando así el deber impuesto por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú y el Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; disposiciones por las cuales los derechos fundamentales deben ser interpretados de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos y las decisiones adoptadas por los Tribunales Internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

Así mismo, ha omitido analizar la antijuridicidad e ilegitimidad de la conducta acusada de lesiva al derecho en juego, asignándole un carácter lesivo sin que concurren los elementos esenciales fijados por la norma constitucional para la procedencia del Proceso Constitucional de Hábeas Corpus.

La Garantía Jurisdiccional del Debido Proceso

El debido proceso, como garantía de la función jurisdiccional, es "la institución del Derecho Constitucional Procesal que identifica los principios y presupuestos procesales mínimos que siempre debe reunir

Silvia M. Torres
Fiscal Provincial Titular
38° PTSC. PROV. PENAL-LIMA

todo proceso judicial jurisdiccional para asegurar al justiciable la certeza, justicia, razonabilidad y legitimidad del resultado socialmente aceptable.



En la Constitución Política del Perú los elementos esenciales se encuentran enunciados enumerativa, pero no limitativamente, en los distintos incisos de su artículo 139° y en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, los consagra el artículo 8° de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

El Derecho al Debido Proceso

Ello no obstante, la definición no agota sino uno de los aspectos del debido proceso y se hace necesaria una aproximación desde el Derecho Constitucional Humanitario, que el emérito Germán J. Bidart define así:

“Con tales prolegómenos estamos en mejor condición para aclarar ahora porqué utilizamos –por primera vez– la denominación de derecho constitucional “humanitario”. No es un plagio que le hacemos al derecho humanitario como especie del derecho internacional. ¿Qué quiere describir el adjetivo?”

Por lo pronto, se incardina en el concepto del estado democrático y del estado social. Y la inserción en ese marco nos lleva a suponer que para ser efectivamente democrático y social el estado debe organizarse “humanitariamente”. Expresado de otro modo: el derecho constitucional (que es el que proporciona organización y existencia a todo estado, de cualquier índole que sea) requiere que en la democracia social pueda calificarse de derecho constitucional humanitario.”²

En tal virtud, vista desde la perspectiva del procesado o justiciable, la garantía jurisdiccional del debido proceso se transforma en un derecho fundamental de manifestación dual, sustantiva y adjetiva. De

tal suerte que el debido proceso sustantivo será la potestad de exigir una solución razonable en el proceso, legítima en los valores esenciales y socialmente aceptable, que agote el principio de razonabilidad y cumpla de modo adecuado con la controversia planteada³. Y el debido proceso adjetivo o procesal puede ser definido como la potestad que titula legítimamente a toda persona para exigir válidamente, siempre y en todo momento, la presencia del conjunto mínimo de elementos que deben necesariamente aglutinarse en cualquier clase de proceso o procedimiento para hacer posible la aplicación de justicia en el caso concreto.^{4 5}



La Garantía de Doble Dimensión de los Derechos Fundamentales y el Debido Proceso

La doctrina contemporánea de los derechos fundamentales es consistente y homogénea en sostener que se rigen por el principio de la doble dimensión, de tal suerte que se entienda claramente que éstos cuentan con un doble ámbito en su contenido constitucionalmente protegido. Esos dos ámbitos pueden ser definidos de la siguiente manera:

“...uno subjetivo, que contiene todas las facultades de acción que el derecho reserva a su titular y que por tanto exige la abstención por parte del poder público; y otro objetivo o institucional que contiene la obligación del poder público de realizar acciones positivas necesarias a fin de lograr el pleno ejercicio y la plena eficacia de los derechos fundamentales en el plano de la realidad.”⁶

Es así como podemos sostener que “La libertad individual exige, de otra parte, condiciones de vida institucionalmente garantizadas, y, por consiguiente, el aspecto institucional de los derechos fundamentales y también los conjuntos normativos que los enriquecen. Estos dan a la

3

4

5

6

[Handwritten signature]
SILVIO MARINO TOROPO Helguía
Fiscal Provincial Titular
38° FISC. PROX. PENAL-LIMA



libertad dirección y medida, garantía y seguridad, contenido y obligación. Sin conjuntos normativos la espontaneidad del individuo permanecería ineficaz, en un espacio vacío de Derecho."⁷

Y es apuntando en esa dirección que debe comprenderse el derecho al debido proceso, con lo que resulta que más que un deber de abstención del poder estatal respecto del justiciable o procesado, es un mandato de conducta impuesto al Estado para que verifique una serie de prestaciones a favor del justiciable o procesado.

La Delimitación del Contenido Constitucionalmente Protegido de los Derechos Fundamentales

Los derechos fundamentales no pueden ser apreciados apropiadamente desde su tipo abstracto —conceptualmente previo al momento legislativo— que parte de la Constitución y se desarrolla en las normas contenidas en las disposiciones legales inferiores, sino que alcanzan concreción en cada caso específico. De tal suerte que puede afirmarse con el profesor Castillo Córdova que:

*"...los derechos fundamentales cuentan con un "único" contenido, el cual vincula en su totalidad al poder público en general y al legislador en particular; contenido que empieza a formularse desde la norma constitucional pero que necesita de las concretas circunstancias para su total definición en cada caso concreto, de modo que no existe un único y predeterminado para siempre contenido de un derecho fundamental."*⁸

Esta no es una concepción arbitraria y mucho menos una interpretación destinada a recortar los derechos fundamentales, sino un imperativo jurisprudencial impuesto por el supremo intérprete de la Constitución, que ha sido consistente y enfático en señalar que:

7
8

*Silvio Máximo Crespo Holguín
Fiscal Provincial Titular
38° FISC. PROV. PENAL-LIMA*

415 #
puede que

“5. Como todo derecho fundamental, el de la libertad personal tampoco es un derecho absoluto, pues como establecen los ordinales a) y b) del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, aparte de ser regulados, pueden ser restringidos o limitados mediante ley. Ningún derecho fundamental, en efecto, puede considerarse ilimitado en su ejercicio. Los límites que a éstos se puedan establecer pueden ser intrínsecos o extrínsecos. Los primeros son aquellos que se deducen de la naturaleza y configuración del derecho en cuestión. Los segundos, los límites extrínsecos, son aquellos que se deducen del ordenamiento jurídico, cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de proteger o preservar otros bienes, valores o derechos constitucionales.

Es por esa razón que la sentencia impugnada incurre en error de derecho al fundar su argumentación en una apreciación y delimitación del derecho al debido proceso únicamente desde el tipo abstracto del derecho en cuestión, sin descender a analizar los elementos propios del caso concreto, renunciando injustificadamente, de ese modo, a valorar que la conducta del recurrente ha correspondido adecuadamente a la conducta desarrollada por el demandante en el curso de la investigación que se ha ordenado culminar.

El análisis abstracto del contenido constitucionalmente protegido de un derecho conllevaría inexorablemente a la culminación de todo acto de poder —sea éste de policía o no—, pues siempre comportará una limitación al derecho en juego. De esa forma, todo proceso constitucional debería encontrar inevitablemente una sentencia fundada. Y ese no es el objeto de los procesos constitucionales, en tanto instrumentos artificiales y técnicos destinados a la aplicación del derecho constitucional al caso concreto⁹. Siempre y en todo momento será necesario que el juicio a realizar sobre la conducta denunciada como lesiva al derecho fundamental se funde en el análisis del caso concreto y compulse adecuadamente los elementos que le dan forma.

La Conducta Obstruccionista del Investigado



416
ave
ave

En ese sentido, es menester analizar la conducta desarrollada por el reclamante en el curso del procedimiento de investigación fiscal, su renuencia a colaborar para el logro de los fines del procedimiento en sí – que es el acopio de los elementos que indiquen la existencia o no de una conducta que pueda ser objeto de juzgamiento por la jurisdicción especializada en lo penal- y la manifestación en hechos positivos de una conducta destinada a obstruir el desarrollo del procedimiento propiamente dicho.

El Tribunal Constitucional ha sido sumamente claro en determinar que de ninguna manera es posible analizar un caso concreto de limitación de la libertad individual sin prestar atención a la conducta del imputado. Y es así como el supremo intérprete de la Constitución ha sostenido firmemente.

*En este orden de ideas, podría meritarse como **defensa obstruccionista** todas aquellas conductas intencionalmente dirigidas a obstaculizar la celeridad del proceso, sea la interposición de recursos que, desde su origen y de manera manifiesta, se encontraban condenados a la desestimación, sea las constantes y premeditadas faltas a la verdad que desvían el adecuado curso de las investigaciones, entre otros. En todo caso, corresponde al juez penal demostrar la conducta obstruccionista del procesado."¹⁰*

La sentencia impugnada, en su Fundamento 32, precisa con claridad que el investigado fue repetidamente citado por el recurrente, a fin de que cumpliera con prestar su declaración indagatoria y que, ante esos requerimientos y pese a haber operado el principio procedimental de

convalidación –según el cual toda causal de nulidad o invalidez desaparece si el acto cumple sus fines y eso se desprende de la conducta del procesado-, persistió en sustraerse a su deber de colaboración para la apropiada y pronta determinación de los hechos materia de investigación, sin embargo con fecha 06 de mayo presentó su escrito de descargo, configurándose con ello el perfil exacto de la conducta obstruccionista y habilitando al recurrente para que, legítimamente y en uso de las atribuciones que la Constitución Política y la Ley Orgánica del Ministerio Público en su artículo 94 inc.2 le confiere, procediera a la correspondiente formalización de la denuncia penal.



Ausencia de Acto Lesivo

La actuación del recurrente no ha constituido un acto lesivo al derecho fundamental al debido proceso del demandante, pues no ha negado a éste el acceso a ninguno de los elementos esenciales que conforman su contenido constitucionalmente protegido. Pues, en este efecto es necesario recordar que todo proceso constitucional de hábeas corpus requiere, como presupuesto para su procedencia, de un acto lesivo, entendido éste como la acción en sentido lato –es decir acto u omisión- de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere o amenace la libertad individual. Lógicamente, el acto lesivo para ser tal necesita una exteriorización de la voluntad –de modo activo o pasivo- que tenga carácter antijurídico –por ilegalidad o arbitrariedad manifiesta- destinada a afectar ilegítimamente el contenido constitucionalmente protegido de la libertad individual.

Conforme ha sido dicho, el acto desarrollado por el recurrente no puede ser imputado de lesivo porque no fue ni antijurídico ni ilegítimo, tanto

Silvio Máximo S. ...
Fiscal Provincial Titular
39º EGC. PROV. PENAL-LIMA



19
40
Cualquier
alcalde

más que fue amparado por el Organo Jurisdiccional, específicamente por el Sexto Juzgado Penal de Lima, al aperturar proceso de instrucción contra el denunciado Fernando Cantuarias Salaverry, y en cuyos considerandos para decretar la medida de coerción precisa: "Que para los efectos de dictarse el mandato coercitivo en el presente proceso es necesario tener en cuenta que el procesado al efectuar su defensa en etapa preliminar ha contado con todas las garantías necesarias para hacer valer su derecho a la defensa aportando las pruebas necesarias a fin de no quedar en estado de indefensión...". Al efecto, resulta indispensable apelar a las definiciones propias de los términos expresados, de tal suerte que antijurídico es aquello que va contra el Derecho¹¹ e ilegítimo es lo que carece de legitimidad, o sea de conformidad con la ley, la justicia, la razón o las reglas establecidas¹².

Atendiendo a esas definiciones, es preciso señalar que la conducta reclamada no solamente ha sido jurídicamente aceptable, sino conforme a la razón de los hechos desarrollados en el curso de la investigación, habida cuenta de la conducta obstruccionista desarrollada por el investigado dentro del procedimiento mismo.

Ausencia de Arbitrariedad

La conducta reclamada no ha sido acusada de ilegalidad manifiesta, por lo que su carácter antijurídico solamente puede reposar en la arbitrariedad que puede haber contenido. Para el efecto, debe acreditarse —como la sentencia no lo hace— que se trató de un acto, conducta, proceder contrario a lo justo, razonable, legal, inspirado sólo por la

11

12

Silvio Márquez-Franco Holguín
Fiscal Provincial Titular
38° FISC. PROV. PENAL-LIMA

22



4.19
mucho
olvidado
n

voluntad, el capricho o un propósito maligno, con abuso de poder, fuerza, facultades o influjos¹³.

Y es allí donde radica la gran debilidad de la sentencia que se impugna, porque no materializa una declaración de certeza que tenga razonabilidad y explicitud en sus fundamentos¹⁴, de tal suerte que no es posible acceder al esquema de razonamiento en la aplicación de la ley que ha seguido el Juez de la causa para determinar el carácter antijurídico de la conducta reclamada en este caso concreto.

Tal como ha sido dicho, la formalización de la denuncia penal se produjo por efecto del registro y determinación por el recurrente de una conducta obstruccionista por parte del investigado, que habilitó el recurso a la atribución de formalizar la denuncia penal ante el órgano jurisdiccional. Es así, entonces, que no se trató de un proceder caprichoso, sino el resultado razonable de un juicio sobre el proceder violatorio del deber de lealtad para con el magistrado y el propósito ilegítimo e ilegal de dilatar injustificadamente la determinación del carácter penal de la conducta imputada al sujeto investigado.

Ausencia de Ilegitimidad

Tal como ha sido expresado líneas arriba, la ilegitimidad es la carencia de apego a la ley, la justicia, la razón o las reglas establecidas. No es violatorio del derecho a la presunción de inocencia el empleo de la prueba indiciaria, como corolario de una actividad probatoria mínima.

13

14

*Sirio Melitimo Torres Helguía
Fiscal Provincial Thuler
38° FISC. PROV. PENAL-LIMA*

En ese sentido, es preciso comprender que la prueba *indiciaria* tiene naturaleza discursiva e indirecta, pues se concreta en la obtención del argumento probatorio mediante una inferencia correcta, que tiene como una de sus premisas, una regla de experiencia o una regla técnica o una regla natural; la otra premisa, el juicio que refleja el significado del indicio y como conclusión el juicio que expresa el significado ya identificado del otro dato descubierto, que era la incógnita del problema¹⁵.



420
Cuello
Vero

Al efecto, resulta determinante analizar el conjunto de medios probatorios acopiados durante el procedimiento de investigación, que a juicio del recurrente acreditaban la comisión de los delitos denunciados, los cuales debían ser sumados a la conducta obstruccionista del investigado, caracterizada por la persistencia en procurar la indebida dilación del procedimiento y el abuso del derecho a la defensa, de tal manera que se levantara una barrera que impidiera la producción del resultado final y necesario de la investigación fiscal: la determinación de las implicancias penales de una conducta denunciada como delictiva.

2.- Segundo Error de Derecho: Inaplicación del Principio de Razonabilidad

El Tribunal Constitucional, tal como ha sido acreditado con las citas hechas de su jurisprudencia, ha aceptado la existencia del principio constitucional implícito de razonabilidad en la actuación de los órganos estatales, de tal forma que la validez de las actuaciones estatales que limiten los derechos fundamentales y, en particular, los de la libertad personal, dependa de que se encuentren conformes con los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Lo que equivale a decir que para juzgar

Ilvjo Máximo Céspedes Huelgas
Fiscal Provincial Titular
38° FISC. PROV. PENAL-LIMA

124



15
492
Cerezo
Villan

el comportamiento del recurrente debió aplicarse siempre un método de enjuiciamiento que analizara la constitucionalidad del fin perseguido, la racionalidad de la medida elegida y la proporcionalidad de la decisión adoptada.

Elementos del Principio de Razonabilidad

En tal virtud, es necesario señalar que el principio de razonabilidad obliga a que sean practicados los juicios de adecuación o idoneidad, de necesidad o indispensabilidad y de proporcionalidad.

El Juicio de Adecuación o Idoneidad

El juicio de adecuación o idoneidad requiere: a) la existencia de un fin, b) la constitucionalidad del fin, y c) la relevancia social del fin¹⁶. En el caso concreto, las finalidades del recurrente fueron llevar adelante la conducción desde su inicio de la investigación del delito y ejercitar la acción penal a petición de parte, con lo que se acredita la existencia de unos fines concretos. Éstos, a su vez, se encuentran establecidos en los incisos 4 y 5 del Artículo 159° de la Constitución Política del Perú, por lo que innegablemente eran constitucionales. A lo que debe agregarse que la persecución del delito es un fin socialmente relevante, a fin de asegurar una adecuada vida en comunidad y la paz social. En consecuencia, la actuación del recurrente supera holgadamente el juicio de adecuación o idoneidad.

El Juicio de Necesidad o Indispensabilidad

Servicio de Asesoría Jurídica
Fiscal Provisional Titular
38° FISC. PROV. PENAL-LIMA

124

El juicio de necesidad o indispensabilidad examina si la medida adoptada es la menos restringente de las normas iusfundamentales de entre las igualmente eficaces. Para ello, es necesario proceder a analizar dos problemas puntuales: a) el juicio de eficiencia, y b) la elección de la medida necesaria¹⁷.



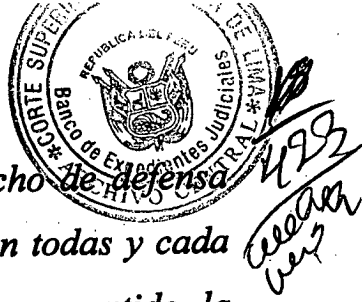
922
Jueces
Jueces

La plena operatividad de los derechos fundamentales, el principio de doble dimensión de éstos, la sustitución del juicio de necesidad por el de razonabilidad, el carácter de normas-principio de los derechos fundamentales y la tarea valorativa de la función jurisdiccional determinan la aplicación del juicio de necesidad o indispensabilidad.

En tal virtud, el juicio de eficiencia debe ser entendido como uno de comparación, primero, entre cada medio y el fin y, segundo, entre el medio y los medios alternativos. El medio empleado, la formalización de la denuncia aplicando como prueba indiciaria la conducta obstruccionista del investigado, a partir del conjunto de elementos que permitían apreciar la existencia de una conducta penalmente relevante, guarda perfecta relación con los fines constitucionales perseguidos y que han sido materia de análisis en el punto precedente. Y, no residiendo en el Ministerio Público poderes de detención o arresto u otros de conducción compulsiva, el empleado por el recurrente devenía, de entre todos los medios apropiados para lograr los fines constitucionales perseguidos, el único eficiente para su obtención.

De ese modo, la medida necesaria fue elegida por ser la única viable para lograr el fin constitucionalmente perseguido y porque constituía, en y por sí, una restricción mínima del derecho en juego, puesto que el ingreso al

REG. PROV. PENAL-LIMA



proceso penal aseguraría, feliz e inevitablemente, el derecho de defensa del investigado, el cual podría hacer uso irrestricto de él en todas y cada una de las fases que componen el contradictorio penal. En ese sentido, la medida necesaria elegida supera el juicio de eficiencia que impone el principio de razonabilidad.

El Juicio de Proporcionalidad

El juicio de proporcionalidad consiste en establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar¹⁸. Al efecto es necesario tener presente que se trata de un balanceo entre las ventajas y las desventajas de la medida.

La desventaja, en este caso concreto, era someter el procedimiento a una dilación indebida, como producto de una conducta obstruccionista del investigado, frustrando injustificadamente el derecho del agraviado a la verdad, que el Tribunal Constitucional ha interpretado como derivado del fin constitucional de defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad, de la forma republicana de gobierno y del estado social y democrático de derecho.

La ventaja era que la formalización de la denuncia penal, habida cuenta de la existencia de elementos suficientes para crear convicción sobre la comisión del delito denunciado y la prueba indiciaria formada a partir de la conducta obstruccionista del investigado, abriría la puerta a un proceso penal, el cual por mandato constitucional aseguraba al denunciado una gama completa y firme de garantías mínimas, reconocida por el ordenamiento constitucional y legal, así como por el complejo de tratados

[Handwritten signature]
Jorge Martín Cruz Hoigaña
Fiscal Provincial Titular
38° FISC. PRDV. PENAL-LIMA

internacionales sobre derechos humanos, de los que el Perú es Estado Parte, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, integrados a nuestro derecho nacional en virtud del Artículo 55° de la Constitución Política del Perú.



4299
Cese de
veredicto

Naturaleza del Agravio de la Resolución Apelada

La sentencia apelada constituye un peligroso precedente que, lejos de custodiar el contenido constitucionalmente protegido del derecho al debido proceso, tutela indebidamente las actuaciones injustificadamente dilatorias por parte de los investigados y protege la conducta procesal obstruccionista, contraviniendo la jurisprudencia de observancia obligatoria establecida por el Tribunal Constitucional, en su labor de supremo intérprete de la Constitución.

IV.- FUNDAMENTOS DE DERECHO:

- 1.- Constitución Política del Perú
Art. 139° inc. 6° - Pluralidad de Instancias.
- 2.- Código Procesal Constitucional.
Art. 35° - Plazo para el Recurso de Apelación.

POR TANTO:

Al Tigésimo Noveno Juzgado Especializado en lo Penal de Lima solicito que tenga por presentado este escrito con sus copias y por interpuesto el recurso de apelación que contiene, elevando los actuados al órgano jurisdiccional superior, a fin de que luego de analizar los errores de derecho contenidos en la sentencia, expida resolución revocándola totalmente y reformándola declare improcedente la demanda de hábeas

Silvia Maximiliano
Fiscal Provincial Titular
38° FISC. PROV. PENAL-LIMA

corpus, por la inexistencia del acto lesivo denunciado.

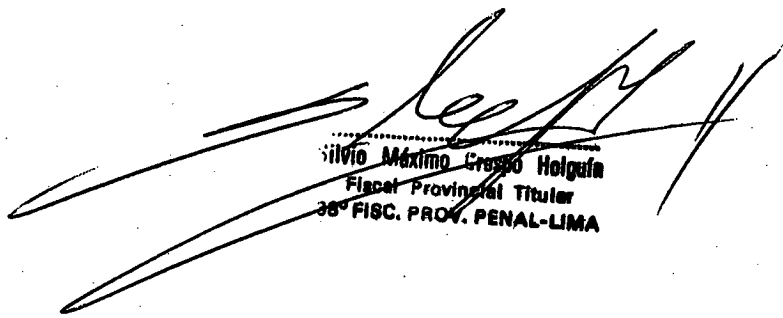


428
Calle
Verde

ANEXOS:

- 1.- Copia de Auto Apertorio de Instrucción expedido por el Sexto Juzgado Penal de Lima.

Lima, 10 de Junio de 2005.



Silvio Máximo Cossio Holguín
Fiscal Provincial Titular
36° FISC. PROV. PENAL-LIMA

ANEXO K





476
cuarenta y siete

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
CUARTA SALA ESPECIALIZADA EN LO PENAL PARA PROCESOS CON REOS LIBRES

S.S. CARRASCO NAVARRO.
IZAGA PELLEGRIN.
CHAMORRO GARCÍA.

Exp. N° 039-05 H.C.

Lima, diecinueve de julio
del año dos mil cinco.-

VISTOS: En Audiencia Pública el proceso relacionado con la demanda de Hábeas Corpus, interpuesta por Renee Quispe Silva en favor de Fernando Cantuarias Salaverry, contra el doctor Silvio Máximo Crespo Holguín, Fiscal de la Trigésima Octava Fiscalía Provincial de Lima, **Oídos los informes orales y el informe sobre hechos** según constancia de fojas cuatrocientos setenticinco, teniendo como Vocal Ponente a la señora **Izaga Pellegrin.**

MATERIA DEL RECURSO:

La sentencia expedida con fecha siete de junio del dos mil cinco, obrante de fojas trescientos ochentiocho a trescientos noventa y seis, que Falla: Declarando fundada la demanda constitucional de Hábeas Corpus interpuesto contra el representante del Ministerio Público, doctor Silvio Máximo Crespo Holguín, Fiscal Provincial en lo Penal de la Trigésima Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, en tal sentido insubsistente la formalización de la denuncia realizada por éste, que declara nulas las actuaciones y resoluciones judiciales efectuadas con posterioridad, disponiendo que el Juez del Sexto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, cumpla con devolver los actuados a la Trigésima Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, para que oportunamente se distribuya la denuncia a otra Fiscalía, e inaplicable el artículo octavo del Código Procesal Constitucional.

CONSIDERANDO:



PRIMERO.- Las acciones de garantía tienen como objeto básico y fundamental, el reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, siendo el caso de autos, que está referido a una presunta grave amenaza del derecho a la libertad personal del favorecido, así como a la vulneración de su derecho a la tutela procesal efectiva – violación al derecho de defensa – y al debido proceso, derechos fundamentales que se encontrarían protegidos por la Acción de Hábeas Corpus.

SEGUNDO.- El Hábeas Corpus es una garantía de trámite inmediato y que se encuentra vinculada en esencia, con la protección de la libertad individual de la persona humana, a fin de resguardarla de actos coercitivos practicados por cualquier persona o entidad, de cualquier rango, jerarquía o competencia y que vulneren dicho derecho fundamental, cuando ellos aparezcan realizados de manera arbitraria, inmotivada, por exceso y/o de manera ilegal.

TERCERO.- Es así que nuestra Constitución Política del Estado, la recoge en el inciso primero del artículo doscientos, señalando que la acción de Hábeas Corpus: **“(...) procede ante un hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.”**; es decir, el objeto de esta acción de garantía se circunscribe a la protección de la libertad individual de toda persona, que ve amenazado o vulnerado dicho derecho; y constituyendo además la tutela procesal efectiva y el debido proceso atribuciones que se encuentran conexas a la libertad individual, tenemos que su protección vía el presente proceso se hace palpable con lo estipulado en el artículo veinticinco del Código Procesal Constitucional puesto en vigencia mediante Ley Veintiocho mil doscientos treintisiete, de fecha treintiuno de mayo del año dos mil cuatro.

CUARTO.- La decisión de fondo en la acción como la que es materia de esta causa, es la de establecer la violación de un derecho constitucional y en caso de ser así, en la de obtener la respuesta protectora del órgano jurisdiccional, para lo cual los presupuestos procesales que deben concurrir son: a) Certeza del derecho que se busca proteger, b) Actualidad de la conducta lesiva, c) Carácter manifiesto de la



arbitrariedad de esa conducta, y d) Naturaleza constitucional de los derechos afectados.

QUINTO.- En el presente caso, la pretensión del demandante se delimita a obtener del órgano constitucional el cese a la amenaza de la libertad individual de su patrocinado Fernando Cantuarias Salaverry, así como la reposición de los hechos al estado anterior de la violación de la tutela procesal efectiva y el debido proceso, que se habrían generado como consecuencia de la denuncia planteada contra el favorecido por la Compañía de Exploraciones Algamarca Sociedad Anónima, por los delitos de falsedad genérica y fraude procesal, la misma que ha sido formalizada por el Fiscal demandado, con fecha diez de mayo del año en curso. Planteando de este modo las modalidades de habeas corpus preventivo y habeas corpus reparador establecidas por el Tribunal Constitucional en la sentencia del expediente número dos mil seiscientos sesentitrés guión dos mil tres HC/TC del veintitrés de marzo del dos mil cuatro.

SEXTO.- Al respecto resulta necesario consignar los fundamentos en que se sustenta la denuncia fiscal cuestionada, cuya copia certificada corre de fojas doscientos setentiséis a doscientos setentiocho, así tenemos que en ella se relata que la empresa "Compañía de Exploraciones Algamarca Sociedad Anónima" y "Minera Sulliden Shahuindo Sociedad Anónima Cerrada" ingresaron a un Proceso Arbitral, sometiéndose a la competencia del Tribunal integrado por el favorecido y los árbitros Jorge Santistevan de Noriega y Víctor Avila Cabrera; siendo que en el transcurso de dicho proceso la primera empresa planteó recusación contra Cantuarias Salaverry, ante lo cual éste realiza su descargo señalando "que una empresa ajena a las de la controversia, contrata los servicios de un bufete de abogados, al cual presta sus servicios, siéndole designada la defensa de la misma, denominada Compañía Minera Poderosa Sociedad Anónima", asegurando que tal defensa la ejerció de manera transitoria, alejándose en forma definitiva del Estudio de su padre en el año de mil novecientos noventiséis, y que con la persona de Enrique Lastres Berninson sostuvo una relación profesional indirecta, referida a la precitada defensa, la cual concluyo al término de aquella; sin embargo, con el acta de constatación notarial se determina que éste, no ha prestado servicios en el Estudio de su señor padre Fernando Cantuarias Alfaro, sino que ha formado parte del mismo en calidad de socio, teniendo una



participación mayor en la sociedad denominada Cantuarias Garrido Leca & Mulanovich Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada, alejándose de la verdad cuando refiere que se había desvinculado de dicha persona jurídica en el año mil novecientos noventa y seis. Poniéndose de manifiesto la relación entre el denunciado y Lastres Berninson, al haber sido éste último accionista y directivo de la Compañía Minera Poderosa, la misma que contratara los servicios profesionales del Estudio jurídico antes glosado, ejerciendo de este modo la co-defensa de dicha compañía minera en el proceso seguido con la firma Minero Pataz EPS, además que Lastres Berninson es actualmente Vicepresidente de la Minera Sulliden Shahuindo Sociedad Anónima Cerrada, persona jurídica que sigue el proceso arbitral en la que se ha planteado la recusación controvertida; de lo que se aprecia que el favorecido no solamente habría omitido comunicar de los vínculos mencionados, a las partes y demás miembros del Tribunal Arbitral, sino que además con los datos falsos proporcionados indujo a error a dicho tribunal para obtener una resolución contraria a ley.

SÉPTIMO.- Ahora bien, el A quo señala al amparar la demanda interpuesta a favor Fernando Cantuarias Salaverry, que efectivamente en la etapa prejurisdiccional se ha evidenciado la afectación del derecho al debido proceso, pues, el representante del Ministerio Público al no recibir su declaración indagatoria, ni haberle dado fecha correcta para su informe oral, así como haber omitido pronunciamiento sobre los medios probatorios de descargo, ha vulnerado su derecho de defensa y a probar la objetividad de sus alegaciones, lo que nos indica que a su criterio se configuraría el habeas corpus reparador demandado.

OCTAVO.- Sin embargo, efectuando la evaluación de los medios probatorios incorporados a la sumaria investigación, como son las copias de la denuncia y las actuaciones preliminares obrantes de fojas ciento cuatro a doscientos setentiocho, así como las declaraciones del accionado y del favorecido, obrantes a fojas noventa y trescientos cincuenta y nueve, respectivamente; advertimos que el debido proceso y la tutela procesal efectiva no han sido conculcados por el Fiscal demandado, debido a que una vez que recibió la denuncia de la Compañía de Exploraciones Algamarca Sociedad Anónima, éste dispuso la realización de diversas diligencias, entre ellas la declaración indagatoria del denunciado Cantuarias Salaverry dispuesta mediante



478
C. Cantuarias Salaverry

resolución de fojas ciento noventinueve, notificándosele con tal fin para los días primero, seis y veinte de abril, así como para el cinco de mayo del año en curso, como se desprenden de los cargos de notificación obrantes en autos. Aunado a ello, tenemos que éste se apersono a la precitada investigación con su escrito de fojas doscientos cinco de fecha treintiuno de marzo pasado, además de que a través de su abogado defensor solicito informe oral según aparece de fojas doscientos veintisiete, pedido que fuese admitido por el demandado, además de haber realizado su descargo por escrito como emerge de fojas doscientos cincuentiocho a doscientos sesentiocho, lo que nos indica que al denunciado Cantuarias Salaverry no se le ha violentado su derecho de defensa. Además que si bien entre las fechas programadas para la indagatoria de éste, no habría mediado setentidós horas de anticipación, también es verdad, que tenía pleno conocimiento de dicha diligencia, como se desprende de los diversos escritos donde incluso solicita su postergación en forma reiterada, todo lo cual nos permite inferir que el único fin que tenga la presente demanda es dilatar innecesariamente la tramitación de la denuncia fiscal de fojas doscientos setentiséis.

NOVENO.- En este orden de ideas, estimamos necesario puntualizar que constituyendo la **Denuncia** una prerrogativa que tanto la Constitución Política del Estado (artículos ciento cincuentiocho y ciento cincuentinueve) como la Ley Orgánica del Ministerio Público (artículos once y doce), le confiere al Fiscal Provincial en lo Penal para plantearla ante el órgano jurisdiccional o denegarla, y al no encontrarse regulado un procedimiento especial como para llegar a determinar que ha existido la vulneración del debido proceso, colegimos que en el presente caso, al existir participación del favorecido en la etapa pre judicial, tanto a través de su abogado defensor como directamente, la sentencia recurrida merece ser revocada. Debiéndonos referir también a que de los medios probatorios obtenidos en el transcurso del proceso no se ha llegado a establecer la presunta amenaza a la libertad individual del favorecido, y que constituye una de las pretensiones del demandante.

Por estas consideraciones, no habiéndose acreditado los fundamentos de las pretensiones demandadas, de conformidad con lo establecido en el inciso veinticuatro del artículo segundo de la Carta Magna que concuerda con el numeral treintiséis del Código Procesal Constitucional;



FALLO:

REVOCARON la sentencia emitida con fecha siete de junio del año en curso, ot de fojas trescientos ochentiocho a trescientos noventa y seis, que Falla: Declara fundada la demanda constitucional de Hábeas Corpus interpuesto contra el representante del Ministerio Público, doctor Silvio Máximo Crespo Holguín, Provincial en lo Penal de la Trigésima Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, en tal sentido insubsistente la formalización de la denuncia realizada por éste, declara nulas las actuaciones y resoluciones judiciales efectuadas con posterioridad, disponiendo que el Juez del Sexto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, con devolver los actuados a la Trigésima Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, para que oportunamente se distribuya la denuncia a otra Fiscalía, e inaplica el artículo octavo del Código Procesal Constitucional; **REFORMÁNDOLA:** Declara **INFUNDADA** la demanda constitucional de Hábeas Corpus promovida contra el representante del Ministerio Público, doctor Silvio Máximo Crespo Holguín, Provincial en lo Penal de la Trigésima Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, notificándose y los devolvieron.-

[Handwritten signatures]

[Handwritten signature]
Julia E. Julia Duggan
SECRETARIA

ANEXO L



PODER JUDICIAL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
CUARTA SALA ESPECIALIZADA EN LO
PENAL PARA PROCESOS CON REOS LIBRES

05 AGO 12 AM 9 12

MESA DE PARTES
RECIBIDO

SEÑOR PRESIDENTE DE LA CUARTA SALA PENAL DE LIMA PARA PROCESOS
CON REOS LIBRES



1

484
causaciones
estructura

Exp. 39-2005 H.C.

Interpone recurso de agravio constitucional

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY, en la acción de Hábeas Corpus interpuesta contra el Dr. Silvio Máximo Crespo Holguín, Fiscal de la 38ª Fiscalía Provincial Penal de Lima, a usted atentamente digo:

INTERPONGO recurso de agravio constitucional¹ contra la resolución que REVOCA la sentencia emitida con fecha siete de junio del año en curso, que declara fundada la demanda constitucional de HABEAS CORPUS interpuesto contra el señor Representante del Ministerio Público, doctor Silvio Máximo Crespo Holguín, Fiscal Provincial en lo Penal de la Trigésima Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, en tal sentido insubsistente la formalización de denuncia realizada por éste, que declara nulas las actuaciones y resoluciones judiciales realizadas con posterioridad, disponiendo que el Juez del Sexto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, cumpla con devolver los actuados a la Trigésima Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, para que oportunamente se distribuya la denuncia a otra Fiscalía, e inaplicable el artículo octavo del Código Procesal Constitucional; **REFORMÁNDOLA** declara **INFUNDADA** la demanda constitucional de Habeas Hábeas promovida contra el representante del Ministerio Público, doctor Silvio Máximo Crespo Holguín, Fiscal Provincial en lo Penal de la Trigésima Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima; ya que con ella se vulnera los principios y derechos constitucionales reconocidos por nuestra Constitución Política, en atención a los fundamentos que a continuación expongo:

¹ Código Procesal Constitucional

Artículo 18.- Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente a demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, dentro del plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución. Concedido el recurso, el presidente de la Sala remite al Tribunal Constitucional el expediente dentro del plazo de tres días, mas el término de la distancia, bajo responsabilidad.



2

485
cuatro a los ochenta

I. PRETENSIÓN IMPUGNATORIA

SOLICITO conceder el recurso de agravio constitucional y elevar el expediente al Tribunal Constitucional, para que en uso de sus atribuciones que le confieren la Constitución Política del Estado y su Ley Orgánica **FALLE REVOCANDO** la recurrida, que, revocando la apelada, declaró infundada la acción de HABEAS CORPUS; y, **REFORMÁNDOLA**, la declare **FUNDADA**.

II. FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN IMPUGNATORIA

2.1. Se promovió la acción de hábeas corpus en razón de que se violó los siguientes derechos:

a) El derecho a la **libertad individual**.

b) El derecho al **debido proceso**, porque se han violado las siguientes **garantías de la tutela procesal efectiva**:

- El derecho de defensa.
- El derecho a probar.
- El derecho al contradictorio.
- El derecho a la igual sustancia en el proceso o igualdad de armas.
- El derecho a la obtención de una resolución fundada en derecho.
- Y el derecho a la observancia del principio de legalidad procesal penal.

2.2. Ahora bien, los únicos fundamentos por los cuales la Sala Penal revoca la sentencia apelada son:

OCTAVO: Sin embargo, efectuando la evaluación de los medios probatorios incorporados a la sumaria investigación, como son las copias de la denuncia y las actuaciones preliminares obrantes a fojas ciento cuatro a doscientos setentiocho, así como las declaraciones del accionado y del favorecido obrantes a fojas noventa y nueve y trescientos cincuenta y nueve, respectivamente; advertimos que el **debido proceso y la tutela procesal efectiva** no han sido conculcados



por el Fiscal demandado, debido a que una vez que recibió la denuncia de la Compañía de Exploraciones Algamarcas Sociedad Anónima, éste dispuso la realización de diversas diligencias, entre ellas la declaración indagatoria del denunciado Cantuarias Salaverry dispuesta mediante resolución de fojas ciento noventa y nueve, notificándose con tal fin para los días primero, seis y veinte de abril, así como para el cinco de mayo el año en curso, como se desprende con los cargos de notificación obrantes en autos. Aunado a ello, tenemos que éste se apersono a la precitada investigación con su escrito de fojas doscientos cinco de fecha treinta y uno de marzo pasado, además de que a través de su abogado defensor solicito informe oral según aparece de fojas doscientos veintisiete, pedido que fuese admitido por el demandado, además de haber realizado su descargo por escrito como emerge de fojas doscientos cincuenta y ocho a doscientos setenta y ocho, lo que nos indica que al denunciado Cantuarias Salaverry no se le ha violentado su derecho de defensa. Además que si bien entre las fechas programadas para la indagatoria de éste no había mediado setenta y dos horas de anticipación, también es verdad, que tenía pleno conocimiento de dicha diligencia, como se desprende de los diversos escritos donde incluso solicita su postergación en forma reiterada, todo lo cual nos permite inferir que el único fin que tenga la presente demanda es dilatar innecesariamente a tramitación de la denuncia fiscal de fojas doscientos setenta y seis.

NOVENO: En este orden de ideas, estimamos necesario puntualizar que constituyendo la **Denuncia** una prerrogativa que tanto la Constitución Política del Estado (artículos ciento cincuenta y ocho y ciento cincuenta y nueve) como la Ley Orgánica del Ministerio Público (artículos once y doce), le confiere al Fiscal Provincial en lo Penal para plantearla ante el Órgano Jurisdiccional o denegarla, y al no encontrarse regulado un procedimiento especial como para llegar a determinar que ha existido la vulneración del debido proceso, colegimos que en el presente caso, al existir participación del favorecido en la etapa prejudicial, tanto a través de su abogado defensor como directamente, la sentencia recurrida merece ser revocada. Debiéndose referir también a que de los medios probatorios obtenidos en el transcurso del proceso no se ha llegado a establecer la presunta amenaza a la libertad individual del favorecido y que constituye una de las pretensiones del demandante.

2.3.

De la lectura de la resolución impugnada podemos observar que la Sala Penal no se pronunció sobre varios derechos conculcados, como el derecho a probar, el derecho al contradictorio, el derecho a la igual sustancia en el proceso o igualdad de armas, el derecho a la obtención de una resolución fundada en derecho y el derecho a la observancia del principio de legalidad procesal penal, que acarrea de nulidad de la mencionada resolución.



487
Washington
Achutuza

- 2.4. De otro lado, la Sala Penal incurre en error al señalar que el Fiscal dispuso la realización de diversas diligencias, sin embargo, podemos advertir que **no existe ninguna resolución que disponga investigación preliminar** para recopilar pruebas en la etapa prejudicial, ni mucho menos señaló las diligencias que deben actuarse durante su investigación.
- 2.5. Equivocadamente la Sala señala que esta parte tenía pleno conocimiento de las fechas programadas para la indagatoria. En efecto, las primeras citaciones son nulas de pleno derecho, no solo porque se notificaron a domicilios distintos, sino también por que no fueron diligenciadas legalmente, pues no mediaron las 72 horas que establece la ley. Ahora bien, cuando recién se notifica correctamente -con la cuarta citación- para la declaración indagatoria programado para el día 5 de mayo pasado, en atención al derecho irrestricto de defensa se pide su reprogramación, pedido que no fue atendido por la Fiscalía.
- 2.6. Ahora bien, si bien existe el apersonamiento y señalamiento de domicilio procesal, pedido de informe oral y descargos realizados por escrito, estos actos no son suficientes para un oportuno y eficaz ejercicio del derecho de defensa, si no se había obtenido su declaración indagatoria. En efecto, a nivel judicial (proceso penal) **la declaración inductiva** tiene como finalidad asegurar la identificación del imputado, hacerle conocer los cargos que se le imputan y garantizar su derecho de defensa, además, dicha declaración tiene una doble condición de ser medio de investigación y medio de defensa, en tanto medio de investigación; entonces, del mismo modo en la etapa prejudicial **la declaración indagatoria** del denunciado tiene como finalidad hacerle conocer los cargos que se le imputan y garantizar su derecho de defensa. Por consiguiente, se ha conculcado el derecho de defensa, no solo porque no se me otorgó el tiempo y medios adecuados para preparar mi defensa, sino porque, además, no se me hizo conocer los cargos que se me imputan, reconocidos por el art. 8º, inciso 2), literal "c" de la Convención Americana de Derechos Humanos.
- 2.7. Por otro lado, se ha cuestionado que en la tramitación de la denuncia en cuestión se han presentado una serie de irregularidades que no sólo comprometen el derecho



438
encontrado
o en otro

constitucional de defensa, sino que, además, constituyen un indicador objetivo de la falta de imparcialidad con que se ha tramitado la correspondiente investigación preliminar. En efecto, si la Fiscalía dispuso la actuación de diligencias como la declaración del denunciante, denunciado y del señor Lastres Berninzon, entonces, estuvo convencido que los recaudos acompañados a la denuncia de parte no eran suficientes para formalizar denuncia penal. Sin embargo, luego que sólo tomó la declaración al denunciante, éste procedió a formalizar dicha denuncia, esto es, sin que exista pruebas suficientes y necesarias que varíen mi situación jurídica, sino únicamente la declaración del denunciante, lo que evidencia un claro indicador objetivo de falta de imparcialidad por el titular de la acción penal.

- 2.8. De otro lado, la Sala Penal no ha tomado en cuenta que mediante escrito de 9 de mayo de 2005, la defensa presentó un pedido de actuación de pruebas a fin de esclarecer los hechos materia de denuncia y así poder certificar la licitud de su conducta en el trámite de los descargos, sin embargo: DICHO PEDIDO NO FUE PROVEÍDO. En efecto, no se cumplió con citar a Jorge Santistevan de Noriega, Víctor Avila Cabrera y Mayte Remy Castagnola (árbitros y Secretaria en el proceso arbitral, respectivamente). Dichas declaraciones eran de vital importancia toda vez que los mencionados podrían haber aclarado los hechos que sustentan la imputación por delito de falsedad genérica y fraude procesal, es decir: (I) si en el desarrollo del proceso arbitral pudieron advertir alguna conducta de mi parte que denotara alguna parcialidad o interés particular en los asuntos que venía conociendo en el proceso arbitral; (II) cuáles fueron los argumentos y elementos de juicio según los cuales se rechazó la recusación contra mi persona, a fin de dilucidar si efectivamente se incurrió o no en falsedades. Por otro lado, no se ofició al Tribunal Arbitral a fin de requerirle copias certificadas de todos los escritos presentados en mérito a la recusación formulada y las resoluciones recaídas en dicho proceso, a fin de corroborar que no existió ninguna conducta irregular que conllevara su recusación. Tampoco se ofició a la empresa Minera Poderosa S.A. a fin de requerirle que ponga a disposición del despacho el Estatuto de la empresa y se pueda conocer si efectivamente un Director (en este caso, el señor Lastres Berninzon) cuenta con la facultad de decidir la contratación y permanencia de un



6

489
matrícula
Ochaviano

abogado externo, tal como pretende afirmar la parte denunciante.

- 2.9. Estas graves irregularidades en el trámite de la investigación, en el sentido que se formalizó denuncia **sin actuar las pruebas suficientes y necesarias** para justificar el ejercicio de la acción penal, vulnera el derecho constitucional a la tutela procesal efectiva puesto que la acción de Hábeas Corpus, no sólo tutela la libertad en todas sus formas, sino también "los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso", como señala expresamente los arts. 4 y 25 último párrafo del Código Procesal Constitucional.
- 2.10 De otro lado, la doctrina ha expresado sobre el particular que la vulneración al debido proceso y a la tutela procesal efectiva – mediante el cual se encuentran garantizados los derechos a probar, de defensa, al contradictorio y a la obtención de una resolución motivada en derecho, entre otros-, permite la interposición de la acción de hábeas corpus.
- 2.11 Posteriormente, la Sala Penal concluye que no se encuentra regulado un procedimiento especial para llegar a determinar si ha existido la vulneración del debido proceso. Sin embargo, el Tribunal Constitucional el 15 de abril de 2002, en la sentencia recaída en el Expediente No. 1268-2001-HC/TC, estableció que el derecho de defensa y del **debido proceso** no sólo son aplicables en sede jurisdiccional, sino también en sede del Ministerio Público:

*"De conformidad con el artículo 8º, inciso 2), literal "c" de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, (...) **Durante el proceso, toda persona tiene derecho en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa". Este derecho constitucional, por su naturaleza, compone el derecho al debido proceso garantizado en el Artículo 139º, inciso 3) de la Constitución Peruana (...). El enunciado "**Durante el Proceso**" mencionado en el citado Artículo 8º debe entenderse que se proyecta, en el caso de los procesos penales, **también al ámbito de su etapa prejurisdiccional, es decir, aquél cuya dirección compete al Ministerio Público (...)*****

- 2.12 En este sentido, a nivel prejudicial no solo se reconoce el derecho irrestricto de defensa, sino también al derecho al **debido proceso**.

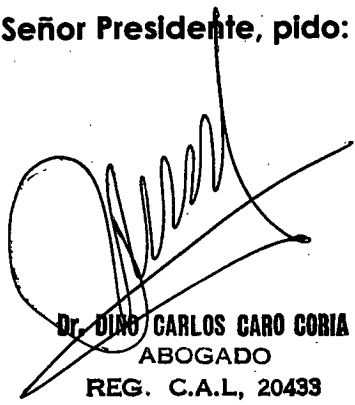


7
490
*acordado
contra*

Por tanto, mal puede señalarse que al no existir un procedimiento especial no puede determinarse la violación al derecho del debido proceso.

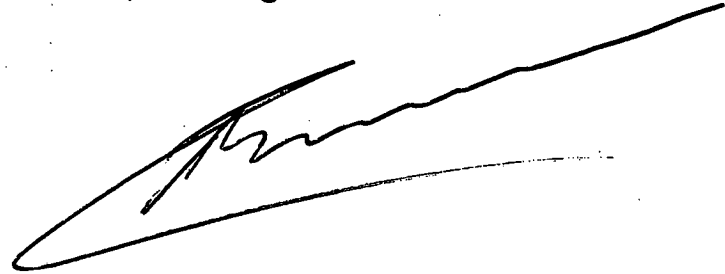
POR TANTO:

A usted, Señor Presidente, pido: Proveer conforme el presente pedido.



Dr. DINO CARLOS CARO CORIA
ABOGADO
REG. C.A.L., 20433

Lima, 10 de agosto del 2005



PODER JUDICIAL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
CUARTA SALA ESPECIALIZADA EN LO
PENAL PARA PROCESOS CON REOS LIBRES



493
recurso
constitucional

05 AGO 16 AM 9 12

Exp. 39-2005 H.C.
Recurso de agravio constitucional

MESA DE PARTES
**SEÑOR PRESIDENTE DE LA CUARTA SALA PENAL DE LIMA PARA
PROCESOS CON REOS LIBRES**

RENEE HERNAN QUISPE SILVA, abogado del
Dr. **FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY**,
en la acción de Hábeas Corpus interpuesta contra
el Dr. Silvio Máximo Crespo Holguín, Fiscal de la
38ª Fiscalía Provincial Penal de Lima, a usted
atentamente digo:

Al amparo de lo previsto por el artículo 18 del Código Procesal Constitucional¹,
interpongo recurso de agravio constitucional (antes recurso extraordinario)
contra la resolución que REVOCA la sentencia emitida con fecha 7 de junio del año
en curso, que declara fundada la demanda constitucional de HABEAS CORPUS
interpuesto contra el señor Fiscal Provincial en lo Penal de la Trigésima Octava
Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima; **REFORMÁNDOLA** declara **INFUNDADA** la
demanda constitucional antes citado.

I. PETTITORIO

SOLICITO a la digna Sala penal lo siguiente:

- (i) Conceder el recurso de agravio constitucional y elevar el expediente al Tribunal Constitucional.
- (ii) En su oportunidad, PIDO que el Tribunal Constitucional **FALLE REVOCANDO** la recurrida, que, revocando la apelada, declaró infundada la acción de HABEAS CORPUS; y, **REFORMÁNDOLA**, la declare **FUNDADA**, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Estado y su Ley Orgánica.

¹ **Artículo 18.**- Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente a demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, dentro del plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución. Concedido el recurso, el presidente de la Sala remite al Tribunal Constitucional el expediente dentro del plazo de tres días, mas el termino de la distancia, bajo responsabilidad.



II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO IMPUGNATORIO

1. De la lectura de la resolución impugnada podemos observar que la Sala Penal no se pronunció sobre varios derechos conculcados, como el derecho a probar, el derecho al contradictorio, el derecho a la igual sustancia en el proceso o igualdad de armas, el derecho a la obtención de una resolución fundada en derecho y el derecho a la observancia del principio de legalidad procesal penal, que acarrea de nulidad de la mencionada resolución.
2. De otro lado, la Sala Penal incurre en error al señalar que el Fiscal dispuso la realización de diversas diligencias, sin embargo, podemos advertir que **no existe ninguna resolución expresa y/o formal que disponga investigación preliminar** para recopilar pruebas en la etapa prejudicial, ni mucho menos señaló las diligencias que deben actuarse durante su investigación.
3. Equivocadamente la Sala señala que mi patrocinado tenía pleno conocimiento de las fechas programadas para la indagatoria. En efecto, las primeras citaciones son nulas de pleno derecho, no solo porque se notificaron a domicilios distintos, sino también por que no fueron diligenciadas legalmente, pues no mediaron las 72 horas que establece la ley. Ahora bien, cuando recién se notifica correctamente -con la cuarta citación- para la declaración indagatoria programado para el día 5 de mayo pasado, en atención al derecho irrestricto de defensa se pide su reprogramación, pedido que no fue atendido por la Fiscalía.
4. Ahora bien, si bien existe el apersonamiento y señalamiento de domicilio procesal, pedido de informe oral y descargos realizados por escrito, estos actos no son suficientes para un oportuno y eficaz ejercicio del derecho de defensa, si no se había obtenido su declaración indagatoria. En efecto, a nivel judicial (proceso penal) la declaración instructiva tiene como finalidad asegurar la identificación del imputado, hacerle conocer los cargos que se le imputan y garantizar su derecho de defensa, además, dicha declaración tiene una doble condición de ser medio de investigación y medio de defensa, en tanto medio de investigación; entonces, del mismo modo en la etapa prejudicial la declaración indagatoria del denunciado tiene como finalidad hacerle conocer los cargos que se le imputan y garantizar su derecho de defensa. Por consiguiente, se ha conculcado el derecho de



V95
cuestión
varios

defensa, no solo porque no se me otorgó el tiempo y medios adecuados para preparar mi defensa, sino porque, además, no se me hizo conocer los cargos que se me imputan, reconocidos por el art. 8º, inciso 2), literal "c" de la Convención Americana de Derechos Humanos.

5. Por otro lado, se ha cuestionado que en la tramitación de la denuncia en cuestión se han presentado una serie de irregularidades que no sólo comprometen el derecho constitucional de defensa, sino que, además, constituyen un indicador objetivo de la falta de imparcialidad con que se ha tramitado la correspondiente investigación preliminar. En efecto, si la Fiscalía dispuso la actuación de diligencias como la declaración del denunciante, denunciado y del señor Lastres Berninzon, entonces, estuvo convencido que los recaudos acompañados a la denuncia de parte no eran suficientes para formalizar denuncia penal. Sin embargo, luego que sólo tomó la declaración al denunciante, éste procedió a formalizar dicha denuncia, esto es, sin que exista pruebas suficientes y necesarias que varíen mi situación jurídica, sino únicamente la declaración del denunciante, lo que evidencia un claro indicador objetivo de falta de imparcialidad por el titular de la acción penal.
6. De otro lado, la Sala Penal no ha tomado en cuenta que mediante escrito de 9 de mayo de 2005, la defensa presentó un pedido de actuación de pruebas a fin de esclarecer los hechos materia de denuncia y así poder certificar la licitud de su conducta en el trámite de los descargos, sin embargo este pedido no fue atendido ni proveído. En efecto, no se cumplió con citar a Jorge Santistevan de Noriega, Víctor Avila Cabrera y Mayte Remy Castagnola (árbitros y Secretaria en el proceso arbitral, respectivamente). Dichas declaraciones eran de vital importancia toda vez que los mencionados podrían haber aclarado los hechos que sustentan la imputación por delito de falsedad genérica y fraude procesal, es decir: **(i)** si en el desarrollo del proceso arbitral pudieron advertir alguna conducta de mi parte que denotara alguna parcialidad o interés particular en los asuntos que venía conociendo en el proceso arbitral; **(ii)** cuáles fueron los argumentos y elementos de juicio según los cuales se rechazó la recusación contra mi persona, a fin de dilucidar si efectivamente se incurrió o no en falsedades. Por otro lado, no se ofició al Tribunal Arbitral a fin de requerirle copias certificadas de todos los escritos presentados en mérito a la recusación formulada y las resoluciones recaídas en dicho proceso, a fin de corroborar que no existió ninguna conducta irregular que conllevara su recusación. Tampoco se ofició a la empresa Minera Poderosa S.A. a fin de



496
unprocedido
abierta

requerirle que ponga a disposición del despacho el Estatuto de la empresa y se pueda conocer si efectivamente un Director (en este caso, el señor Lastres Berninzon) cuenta con la facultad de decidir la contratación y permanencia de un abogado externo, tal como pretende afirmar la parte denunciante.

7. Los actos de control probatorio tiene su **fundamento en el derecho de defensa y en el principio de igualdad procesal** rigiéndose por las reglas:
 - a) Se encuentra permitido la realización de todo medio de defensa que no este expresamente prohibido por la ley procesal;
 - b) Existe libertad e forma para la realización de los actos de defensa, salvo expresa disposición legal de cumplimiento de alguna formalidad.
8. **La facultad de solicitar o intervenir en la actuación de los medios probatorios para ejercer el derecho de defensa**, no solo no esta prohibida, sino que todo lo contrario esta expresamente reconocida en el articulo 14 inciso 3 parágrafo **e** del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el articulo 8 inciso 2 parágrafo **f** del Pacto de San José de Costa Rica.
9. Estas graves irregularidades en el trámite de la investigación, en el sentido que se formalizó denuncia **sin actuar las pruebas suficientes y necesarias** para justificar el ejercicio de la acción penal, vulnera el derecho constitucional a la tutela procesal efectiva puesto que la acción de Hábeas Corpus, no sólo tutela la libertad en todas sus formas, sino también "los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso", como señala expresamente los arts. 4 y 25 último párrafo del Código Procesal Constitucional.
- 10 De otro lado, la doctrina ha expresado sobre el particular que la vulneración al debido proceso y a la tutela procesal efectiva –mediante el cual se encuentran garantizados los derechos a probar, de defensa, al contradictorio y a la obtención de una resolución motivada en derecho, entre otros-, permite la interposición de la acción de hábeas corpus.



492
instruccion
no tiene

- 11. Posteriormente, la Sala Penal concluye que no se encuentra regulado un procedimiento especial para llegar a determinar si ha existido la vulneración del debido proceso. Sin embargo, el Tribunal Constitucional el 15 de abril de 2002, en la sentencia recaída en el Expediente No. 1268-2001-HC/TC, estableció que el derecho de defensa y del **debido proceso** no sólo son aplicables en sede jurisdiccional, sino también en sede del Ministerio Público.

- 12. En este sentido, a nivel prejudicial no solo se reconoce el derecho irrestricto de defensa, sino también al derecho al **debido proceso**. Por tanto, mal puede señalarse que al no existir un procedimiento especial no puede determinarse la violación al derecho del debido proceso.

POR TANTO:

A usted, Señor Presidente, pido: Proveer conforme el presente pedido.

Lima, 10 de agosto del 2005

[Handwritten signature]

RENEE B. QUISPE SILVA
ABOGADO
CAL. N. 13148

ANEXO M





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



7
500
Anexo

EXP. N.º 6167-2005-PHC/TC
LIMA
FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 28 días del mes febrero de 2006, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados García Toma, Presidente; Gonzales Ojeda, Vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia, con el Fundamento de voto, adjunto, del magistrado Gonzales Ojeda

I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Fernando Cantuarias Salaverry contra la Resolución de la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 476, su fecha 19 de julio de 2005, que declara infundada la demanda de hábeas corpus de autos.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Con fecha 13 de mayo de 2005, don Renee Quispe Silva interpone demanda de hábeas corpus como procurador oficioso del abogado Fernando Cantuarias Salaverry, contra el Fiscal de la Trigésimo Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima, señor Silvio Máximo Crespo Holguín, alegando la presunta amenaza de su libertad individual por violación de sus derechos constitucionales a la tutela procesal efectiva, al debido proceso y a la contradicción o defensa, puesto que dicho Fiscal formalizó denuncia penal contra Fernando Cantuarias Salaverry, mediante acusación de fecha 10 de mayo de 2005, por los delitos de falsedad genérica y fraude procesal en agravio de Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. y el Estado, respectivamente.

Fundamentos de hecho:

- Fernando Cantuarias Salaverry fue designado para integrar un Tribunal Arbitral con los señores Jorge Santistevan de Noriega y Víctor Ávila Cabrera, colegiado que llevó a cabo el proceso arbitral entre la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. (en adelante Algamarca) y Minera Sulliden Shahuindo SAC (en adelante Sulliden).
- En el referido proceso arbitral, el árbitro Fernando Cantuarias Salaverry fue recusado por Algamarca, alegando que su padre se desempeñaba, conjuntamente con el doctor Enrique Lastres Berninzon –representante de Sulliden en el proceso



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



302
Cantuarías

arbitral-, como director de otra empresa llamada Cía. Minera Poderosa S.A. El planteamiento de recusación señala, además, que en 1996 Fernando Cantuarías Salaverry había ejercido la representación legal de esa empresa Cía. Minera Poderosa S.A. en otro arbitraje instaurado entre dicha empresa y Minera Pataz EPS.

- Mediante Resolución N.º 75, de fecha 25 de noviembre de 2004, el Tribunal Arbitral declaró infundada dicha recusación.
- El 2 de diciembre de 2004, Algamarca plantea un pedido de nulidad sustancial de la resolución que declaró infundada la recusación, aduciendo que Fernando Cantuarías Salaverry era socio del Estudio Jurídico *Cantuarías, Garrido Lecca & Mulanocich Abogados* y, por tanto, se encontraba impedido de intervenir como árbitro teniendo aparente interés personal. Ante este planteamiento, el recurrente afirmó que en junio de 1996 se retiró de la calidad de abogado de planta del estudio de su padre, para aceptar la designación de Gerente Legal de COFOPRI mediante Resolución Suprema publicada en el diario oficial *El Peruano*.
- Sin embargo, el Tribunal Arbitral, mediante Resolución N.º 97, de fecha 30 de diciembre de 2004, desestimó la nulidad por considerar que ninguno de los hechos nuevos daban lugar a recusación alguna y, además, declaró improcedente la renuncia presentada por Cantuarías Salaverry.
- Frente a ello, el 27 de enero de 2005 Algamarca acudió a la vía penal, donde el fiscal demandado denunció a Fernando Cantuarías Salaverry por delitos de falsedad genérica y fraude procesal. Contra dicha resolución el recurrente interpone la presente demanda de hábeas corpus.

Fundamentos de derecho:

- En el expediente formado en mérito a la denuncia interpuesta en contra del doctor Cantuarías Salaverry, no se han actuado las pruebas suficientes y necesarias para crear convicción en el titular del despacho de la Trigésimo Octava Fiscalía Provincial de Lima sobre la concurrencia de elementos suficientes que justifiquen el ejercicio de la acción penal en su contra, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 94º de la Ley Orgánica del Ministerio Público. De esta forma, se ha vulnerado el derecho constitucional a la tutela procesal efectiva (artículos 4º y 25º, último párrafo del Código Procesal Constitucional).
- Se ha vulnerado el derecho a la obtención de una resolución fundada en derecho, pues el demandado Fiscal Silvio Máximo Crespo Holguín, ha emitido una arbitraria denuncia sin efectuar el proceso de subsunción típica. Es decir, no establece por qué los hechos que describe son típicos conforme a los artículos 438º y 416º del Código Penal, ya que sólo describe hechos sin argumentar jurídicamente, lo que viola,

502
Duch
aos**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

además, el principio de legalidad previsto en el artículo 2º, inciso 14, literal d) de la Constitución Política.

- Se ha afectado igualmente el derecho de defensa, pues el beneficiario de la presente acción no fue citado por la autoridad correspondiente para efectuar su descargos, conforme lo establece el artículo 139º, inciso 14 de la Constitución Política. El Fiscal demandado formalizó denuncia sin que se haya recibido la correspondiente declaración indagatoria de Cantuarias Salaverry.
- Procede la interposición de un hábeas corpus preventivo porque existe la amenaza inminente de que se inicie un proceso penal en contra del beneficiario sobre la base de una denuncia violatoria de la Constitución y la legalidad. Y se podrían dictar medidas cautelares en su contra que afectarían su libertad o su patrimonio.

2. Contestación de la demanda

Con fecha 18 de mayo de 2005, el doctor Silvio Máximo Crespo Holguín, Fiscal de la Trigésima Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, se apersona al proceso y formula descargos sosteniendo que no existe vulneración de los derechos constitucionales del demandante, pues durante la investigación indagatoria se le reconocieron las garantías necesarias para hacer valer sus derechos. Agrega que formalizó denuncia porque existen suficientes elementos de cargo que lo vinculan con el ilícito penal investigado, criterio que es compartido por el órgano jurisdiccional, pues el Sexto Juzgado Penal de Lima procedió a abrir instrucción; de modo contrario hubiera dispuesto el No Ha Lugar a la apertura de instrucción.

Con fecha 18 de mayo de 2005 se apersona al proceso el Procurador Público adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial, señor Rolando Alfonzo Martel Chang, y contesta la demanda solicitando que se declare improcedente, por los siguientes fundamentos:

Fundamentos de hecho:

- Pese a que se argumenta que el fiscal accionado procedió a abrir instrucción a escondidas y sin otorgarle al señor Fernando Cantuarias Salaverry derecho de defensa, esta información no se ajusta a la realidad, pues el señor Cantuarias ha tenido pleno conocimiento de esta investigación, habiendo sido citado por el fiscal hasta en cuatro oportunidades para que rinda su declaración indagatoria; sin embargo, no concurrió en ningún momento.
- El señor Cantuarias no argumenta ni prueba las razones por las cuales no serían válidas las notificaciones que él mismo ha acompañado al escrito de su demanda.
- La investigación fiscal no se realizó sin actividad probatoria puesto que el señor Cantuarias tuvo oportunidad de presentar sus descargos con relación al delito

503
Quinta
Pus

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

imputado. Adicionalmente, atendiendo la solicitud del señor Cantuarias, el fiscal solicitó la declaración del señor Jorge Santistevan de Noriega y del señor Víctor Ávila Cabrera, los mismos que no concurrieron a las citaciones efectuadas.

- Durante la investigación no se privó al accionante del derecho a ser escuchado por el Fiscal porque incluso se programó un informe oral a su petición, que tampoco efectuó alegando que la actividad probatoria no había concluido. Argumento que resultaría impertinente por no contar con asidero legal.
- No se trata de una amenaza cierta e inminente a un derecho constitucional, puesto que existe la posibilidad de que, efectuada la denuncia fiscal, el juez decida archivar el caso.

Fundamentos de derecho:

- En el caso de autos, el fiscal procedió a abrir investigación fiscal conforme a lo dispuesto en el artículo 94°, numeral 2) de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que señala que el Fiscal puede optar entre abrir investigación en el ámbito fiscal o formalizar la correspondiente denuncia penal en su calidad de titular de la acción penal.
- La ley no ordena que el Fiscal actúe la totalidad de medios probatorios que sean ofrecidos por las partes para formalizar la denuncia. Por tanto, el fiscal demandado no habría cometido infracción alguna al actuar los elementos probatorios que consideró necesarios.
- En concordancia con lo dispuesto por el artículo 94° del Ministerio Público, el Fiscal demandado procedió a formalizar su denuncia penal por considerar que contaba con el material probatorio necesario para llevarla a cabo.
- Conforme a lo establecido por el artículo 200°, inciso 1, el hábeas corpus procede cuando se amenaza la libertad individual o derechos conexos. Pero esta amenaza debe ser interpretada como cierta e inminente, para que sea tal; y no meramente subjetiva o conjetural, como ocurre en el presente caso.

3. Resolución de primera instancia

Con fecha 7 de junio de junio de 2005, el Trigésimo Noveno Juzgado Penal de Lima, declara fundada la demanda de hábeas corpus, por los siguientes fundamentos:

- a. El demandado violó el derecho de defensa del accionante al haberlo denunciado sin que se le haya tomado su declaración hasta en cuatro oportunidades, las cuales resultaron inválidas, excepto la última de ellas, respecto de la cual se solicitó reprogramación. Así, la primera notificación del juzgado llegó a un domicilio distinto, la segunda al domicilio señalado en autos, pero un día después de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



5

504
Quinta
Corte

programada la diligencia, la tercera nuevamente a un domicilio distinto y la cuarta a su domicilio, que fue la única notificación válida que citaba a Cantuarias Salaverry para el 5 de mayo de 2005, ante lo cual la defensa pidió una nueva fecha y hora, obteniéndose por toda respuesta la denuncia fiscal por parte del demandado.

- b. Ante esta decisión fiscal, el demandante manifestó la imposibilidad legal de efectuar el informe oral porque no se habían actuado aún los medios probatorios que él había ofrecido en su defensa, sin que el Fiscal atiende dicho pedido. Ello desnaturaliza la finalidad del acto procesal en referencia desde que el informe oral de los abogados ante el magistrado decisor tiene que producirse necesariamente al término de la actividad probatoria, y no antes, ya que se trata de exposiciones finales de defensa cuando el estado de la causa es precisamente el de decisión terminal.
- c. Asimismo, la resolución expresa que el Ministerio Público emitió, no contiene pronunciamiento alguno sobre la procedencia o improcedencia de algunos de los descargos, los que servirían para formar un criterio razonable al momento de adoptar la decisión.
- d. La investigación fiscal preliminar se ha desarrollado con un desorden que niega la adecuada organización, ya que no existe una resolución que abra dicho proceso de investigación y las pruebas han sido acumuladas de manera irracional y no sistematizada, lo que, a no dudarlo, afecta el derecho del denunciado al debido proceso legal.

4. Resolución de segunda instancia

Con fecha 19 de julio de 2005, la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, emite la resolución de fojas 476 que revocando la apelada, declara infundada la demanda, por los siguientes fundamentos:

- a. La denuncia fiscal, porque en ella se llega a establecer la relación laboral indirecta entre el recurrente y el doctor Lastres Berninzon, en la Compañía Minera Poderosa S.A., que contrató los servicios del Estudio Jurídico *Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich Abogados*, del cual el doctor Cantuarias Salaverry es socio.
- b. El hecho de haberse notificado al denunciado a efectos de que asista a la toma de su declaración indagatoria y el apersonamiento de su abogado al proceso, desvirtúan la indefensión acotada.
- c. La denuncia es una prerrogativa que la Constitución y la Ley Orgánica le confiere al Fiscal Provincial en lo Penal para plantearla ante el órgano jurisdiccional, o denegarla, y al no encontrarse regulado un procedimiento especial como para llegar a determinar que ha existido la vulneración del debido proceso, en el presente caso,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

al existir participación del favorecido en la etapa prejudicial, tanto a través de su abogado defensor como directamente, no se ha producido la vulneración de los derechos constitucionales alegados.

III. DATOS GENERALES

1. Petitorio constitucional

- Se declare la insubsistencia de la denuncia fiscal de fecha 10 de mayo de 2005 formalizada ante el Poder Judicial por el fiscal demandado contra el señor Fernando Cantuarias Salaverry.
- Se ordene notificar al Juez Penal de Lima para que asuma la calificación de la denuncia fiscal, y disponga su devolución a la Trigésimo Octava Fiscalía Penal de Lima, de modo que sea remitida a la Fiscalía Decana correspondiente a fin de que ésta disponga que la denuncia sea calificada por otro fiscal.

2. Materias constitucionalmente relevantes

Respecto a las condiciones de procedibilidad de la presente demanda de hábeas corpus, corresponde señalar que, en el caso, el cuestionamiento de la investigación fiscal de fecha 10 de mayo de 2005 formalizada ante el Poder Judicial en contra del recurrente, hace necesario que este Colegiado, como cuestión previa, efectúe un análisis de los supuestos de excepción que habiliten la intervención de la jurisdicción ordinaria en un proceso arbitral. Ello con el objeto de que pueda proyectarse una interpretación que sirva como doctrina jurisprudencial constitucional para posteriores casos, ya sea tanto a nivel de la justicia ordinaria como de la justicia constitucional especializada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo VI, *in fine*, del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

1. EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA JURISDICCIÓN ARBITRAL

- ✓ Justificación de la institución arbitral.
- ✓ Naturaleza y características de la jurisdicción arbitral.
- ✓ Criterios para el control constitucional de las resoluciones arbitrales.
- ✓ Relaciones con la función jurisdiccional (artículo 139°, inciso 1 de la Constitución): Supuesto constitucional de excepción y la apreciación de razonabilidad.

2. EL PROCEDIMIENTO PREJUDICIAL PENAL

- ✓ Actividad fiscal previa al inicio del proceso penal.
 - *La investigación y posterior acusación fiscal.*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- *Ausencia de normatividad en la materia. Principios y criterios aplicables: Principio de interdicción de la arbitrariedad, principio de legalidad; debido proceso y tutela jurisdiccional.*
- ✓ Investigación, acusación fiscal y proceso de hábeas corpus.
 - *Hábeas corpus reparador y procedimiento de investigación fiscal*
 - *Hábeas corpus preventivo y procedimiento de investigación fiscal*

IV. FUNDAMENTOS

1. Según la Constitución, todo acto u omisión que vulnere o amenace la libertad personal o algún derecho conexo amerita la presentación de una demanda de hábeas corpus por quien se sienta afectado (artículo 200°, inciso 1). Tal como lo prescribe el Código Procesal Constitucional, se considera como derecho conexo a la libertad personal el referido a la tutela procesal efectiva (artículo 4°). Por tal razón, es pertinente que se plantee la presente demanda de hábeas corpus sobre la base de una supuesta vulneración del derecho fundamental a la tutela procesal efectiva del demandante, por lo que este Colegiado se encuentra habilitado para responder a las inquietudes formuladas sobre la base de un análisis constitucional estricto y *pro homine* de la denuncia fiscal cuestionada.
2. Al respecto, la jurisprudencia constitucional, en tanto doctrina sobre las interpretaciones de los derechos fundamentales previstas en la Constitución o en la ley, vincula a todos los jueces en los fundamentos relevantes que han incidido en la solución del conflicto de derechos (*ratio decidendi*). Mas, la identificación del ámbito de vinculación es competencia del juez que va a aplicar la jurisprudencia vinculante en los términos en que lo hace el referido artículo VI del Código Procesal Constitucional. Ello configura una institución constitucional-procesal autónoma, con características y efectos jurídicos distinguibles del precedente vinculante¹, con el que mantiene una diferencia de grado.

§1 EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA JURISDICCIÓN ARBITRAL

§1.1. Justificación de la institución

3. A finales del siglo XX y desde la regulación del arbitraje en la mayor parte de las legislaciones del mundo, se concibe a esta institución como el proceso ideal, en donde los particulares son protagonistas de la dirección y administración de la justicia. El arbitraje se configura como un juicio de conocimiento en donde "jueces particulares", a través de un laudo, toda la amplitud de validez intrínseca y extrínseca de una sentencia judicial.

¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el Exp. N.º 0024-2003-AI/TC, Caso *Municipalidad de Lurín*.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



307
Alonso
Pacheco

Así, se presenta como un mecanismo orientado a la consecución de la verdad legal, pretendiendo despojarse de los trámites, muchas veces engorrosos y formalistas, de la justicia tradicional. Entonces, históricamente en sus orígenes, el arbitraje se justificó en su carácter de proceso expedito y efectivo.

4. El desarrollo de esta institución en el derecho comparado ha sido enorme en los últimos años: es prácticamente el proceso más utilizado para resolver conflictos comerciales. La configuración de un nuevo orden económico internacional ha requerido del arbitraje como el prototipo de proceso de resolución de conflictos entre particulares e incluso entre estos y los Estados, lo que le otorga una importancia significativa, formando parte integrante del modelo jurisdiccional *ad hoc* a la resolución de controversias, no sólo entre particulares, en el marco de la Constitución económica.

En el Perú el arbitraje es obligatorio, según las normas de contratación del Estado, además forma parte de los contratos de inversión suscritos por el Estado y de todos los contratos de estabilidad jurídica regidos por los Decretos Legislativos N.ºs 758 y 662.

§1.2. Naturaleza y características de la jurisdicción arbitral

5. El principio de unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional reconocido en el artículo 139º, inciso 1 de la Constitución, prescribe que: "No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar. No hay proceso judicial por comisión o delegación". En atención a ello, la Constitución ha establecido, como regla general, que corresponde al Poder Judicial el avocamiento único y singular del estudio y solución de los diversos tipos de conflictos jurídicos (principio de unidad), prohibiéndose al legislador que atribuya la potestad jurisdiccional a órganos no conformantes del Poder Judicial (principio de exclusividad).

6. De allí que, en sentido estricto, la función jurisdiccional, siendo evidente su íntima correspondencia con los principios de división de poderes y control y balance entre los mismos, debe entenderse como el fin primario del Estado consistente en dirimir los conflictos interindividuales, que se ejerce a través del órgano jurisdiccional mediante la aplicación de las normas jurídicas. Por ello es que tradicionalmente se ha reservado el término "jurisdicción" para designar la atribución que ejercen los órganos estatales encargados de impartir justicia y aplicar las disposiciones previstas en la ley para quien infringen sus mandatos.

7. Sin embargo, el artículo 139º, inciso 1 de nuestro ordenamiento constitucional consagra la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, lo que determina que, en el actual contexto, el justiciable tenga la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, pero también ante una jurisdicción privada.



508
Bueno
etc

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Al respecto, el reconocimiento constitucional de fueros especiales, a saber, militar y arbitral (inciso 1 del artículo 139°); constitucional (artículo 202°) y de Comunidades Campesinas y Nativas (artículo 149°), no vulnera el principio de igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2 del artículo 2° de la Constitución; siempre que dichas jurisdicciones aseguren al justiciable todas las garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

8. Llegados a este punto, cabe preguntarse si es constitucionalmente legítimo el establecimiento de esta jurisdicción de carácter privado.

Al respecto, conforme lo ha establecido este Colegiado "(...) el ejercicio de la jurisdicción implica cuatro requisitos, a saber:

- a) Conflicto entre las partes.
- b) Interés social en la composición del conflicto.
- c) Intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial.
- d) Aplicación de la ley o integración del derecho"².

Qué duda cabe, que prima facie la confluencia de estos cuatro requisitos definen la naturaleza de la jurisdicción arbitral, suponiendo un ejercicio de la potestad de administrar justicia, y en tal medida, resulta de aplicación en sede arbitral el artículo VI in fine del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional por el cual los jueces (y por extensión, también los árbitros) quedan vinculados a los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional; sin perjuicio del precedente vinculante con efectos normativos del artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional.

9. Asimismo, la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso³.

10. De allí que el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorie, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. Y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo para la resolución para las controversias que se generen en la contratación internacional.

² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el Exp. N.º 0023-2003-AI/TC. Caso Jurisdicción Militar. (Fundamento 13)

³ Ibidem, Fundamento 25.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



10

509
Eduardo
Cruz

11. Es justamente, la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen, las cuales permiten concluir a este Colegiado que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del *orden público constitucional*.

La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2º inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139º de la propia Constitución.

De allí que el proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51º de la Carta Magna; ambas dimensiones, (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencia. Tensión en la cual el árbitro o tribunal arbitral aparece en primera instancia como un componedor jurisdiccional, sujeto, en consecuencia, a la jurisprudencia constitucional de este Colegiado.

Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este Tribunal efectúe una lectura iuspublicista de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado; ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales.

12. El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139º de la Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de "no interferencia" referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros –incluida autoridades administrativas y/o judiciales– destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes.

13. Es por tal motivo que este Tribunal considera conveniente reiterar la plena vigencia del principio de la "kompetenz-kompetenz" previsto en el artículo 39º de la Ley General de Arbitraje –Ley N.º 26572–, que faculta a los árbitros a decidir acerca de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



11

519
Amunátegui

las materias de su competencia, y en el artículo 44° del referido cuerpo legal, que garantiza la competencia de los árbitros para conocer y resolver, en todo momento, las cuestiones controvertidas que se promuevan durante el proceso arbitral, incluida las pretensiones vinculadas a la validez y eficacia del convenio. Este Colegiado resalta la suma importancia práctica que reviste dicho principio, a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial.

Lo expuesto no impide que posteriormente se cuestione la actuación arbitral por infracción de la tutela procesal efectiva, conforme a las reglas del Código Procesal Constitucional.

14. Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1° de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria. El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido *ex post*, es decir, a posteriori, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo previstos en la Ley General de Arbitraje. Por su parte, el control constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional; vale decir que tratándose de materias de su competencia, de conformidad con el artículo 5°, numeral 4 del precitado código, no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas. En ese sentido, si lo que se cuestiona es un laudo arbitral que verse sobre derechos de carácter disponible, de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo.

§1.3. Criterios para el control constitucional de las resoluciones arbitrales

§ *Principio de autonomía de la voluntad y jurisdicción arbitral*

15. Conforme lo señala el artículo 9° de la Ley General de Arbitraje, N.° 26572, el convenio arbitral es el acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial. De lo que se desprende la naturaleza contractual del convenio, que obliga a las partes a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle y para el posterior cumplimiento del laudo arbitral.

16. La noción de contrato en el marco del Estado constitucional de Derecho se remite al principio de autonomía de la voluntad, previsto en el artículo 2°, inciso 24, literal a



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



514
Quirós
Barral

de la Constitución, y que, en relación a la jurisdicción arbitral, puede tener dos vertientes:

- a) Una negativa: En cuya virtud permite regular del modo que los particulares estimen oportuno sus relaciones jurídicas, creándolas, modificándolas o extinguiéndolas⁴.
- b) Una positiva: En cuya razón el carácter autónomo, garantista y procesal del arbitraje, equivale a facultar a los particulares para que sustraigan del ámbito del ejercicio funcional de la jurisdicción estatal aquellas materias consideradas de libre disposición, es decir, plantea la conceptualización, si bien de modo no absoluto, del arbitraje como un derecho fundamental.

17. Entonces, el principio de autonomía de la voluntad no debe ser entendido de manera absoluta, sino dentro de los valores y principios constitucionales antes señalados.

En el caso del convenio arbitral, si bien se gesta a partir del sentido privatista de las relaciones contractuales, no presenta un haz de contenidos cuyas categorías sean exclusiva y excluyentemente de Derecho Privado. Interpretarlo de este modo implicaría soslayar su naturaleza constitucional, sujeta a los principios y deberes primordiales de la función jurisdiccional consagrados en el artículo 139° de la Constitución; los mismos que deberán extenderse razonablemente a la jurisdicción arbitral.

Si bien es cierto que la autonomía de la voluntad deriva de la Constitución, no puede discutirse la facultad de controlarla por razones del *orden público constitucional*, máxime si la propia jurisdicción arbitral integra éste. Esto supone que en un Estado constitucional, el poder se desagrega en múltiples centros de decisión equilibrados entre sí por un sistema de control de pesos y contrapesos, como postula el artículo 43° de la Constitución. Esto hace que el poder público, pero también el privado, estén sometidos al Derecho.

18. En este contexto el control constitucional jurisdiccional no queda excluido, sino que se desenvuelve *a posteriori* cuando se vulnera el derecho a la tutela procesal efectiva o se advierte un incumplimiento, por parte de los propios árbitros, de la aplicación de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria, los mismos que los vinculan en atención a los artículos VI *in fine* y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente.

19. El ejercicio de las potestades jurisdiccionales —ordinaria o constitucional— no puede ni debe ser, desde luego, abusivo, ni supone la imposición de medidas irrazonables y desproporcionadas que lesionen los derechos fundamentales de autonomía de la voluntad y de contenido patrimonial —las libertades de contratar y de empresa—.

⁴ MONTERO AROCA, Juan. "Comentarios al artículo 1°". En: *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Civitas, 1990, p. 20.



512
Quinn
dece

§ *Principio de interdicción de la arbitrariedad*

20. El principio de interdicción de la arbitrariedad⁵ es uno inherente a los postulados esenciales de un Estado constitucional democrático y a los principios y valores que la propia Constitución incorpora; de allí que, si bien la autonomía de la jurisdicción arbitral tiene consagración constitucional, no lo es menos que, como cualquier particular, se encuentra obligada a respetar los derechos fundamentales, en el marco vinculante del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139° de la Constitución); por cuanto, si así no ocurriese, será nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos, de conformidad con el artículo 31° *in fine* de la Carta Fundamental⁶.

Si ocurriese lo contrario, la autonomía conferida al arbitraje devendría en autarquía, lo que equivaldría a sostener que los principios y derechos constitucionales no resultan vinculantes.

§1.4. **Relaciones con la función jurisdiccional (artículo 139°, inciso 1 de la Constitución): Supuesto constitucional de excepción y la apreciación de razonabilidad**

21. Quienes se inclinan por la irrevisabilidad de los laudos arbitrales se sustentan en el artículo 4° de la Ley N.° 26572, que establece que, salvo pacto en contrario, las partes podrán someterse de modo exclusivo y excluyente a la jurisdicción arbitral, así como en el artículo 59°, que otorga a los laudos arbitrales carácter definitivo, estableciendo que contra ellos no procede alguno, salvo el recurso de apelación y de nulidad.

Una interpretación formal propia del valorismo legalista de la Ley N.° 26572, concluiría que, sin ingresar en consideración adicional alguna, una resolución expedida por un tribunal arbitral es incuestionable en sede constitucional, incluso en aquellos supuestos en los que afecten los derechos fundamentales de la persona.

Mas, pretender interpretar la Constitución a partir del mandato legal de la Ley N.° 26572, vaciando de contenido el principio de supremacía jurídica y valorativa de la Constitución (artículo 51° de la Constitución), configurado en el tránsito del Estado de derecho al Estado constitucional de derecho, no es atendible para defender la irrevisabilidad absoluta de las resoluciones de los tribunales arbitrales.

Además, resulta manifiestamente contrario al principio de fuerza normativa de la Constitución y al de corrección funcional, ya que desconoce, por un lado, el carácter jurídico-vinculante de la Constitución y, por otro, la función de contralor de la constitucionalidad conferida al Tribunal Constitucional (artículo 201° de la Constitución).

⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el Exp. N.° 0090-2004-AA/TC, CASO JUAN CARLOS CALLEGARI HERAZO, Fundamento 12.

⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el Exp. N.° 5854-2005-PA/TC, Caso Pedro Andrés Lizana Puelles, Fundamento 18.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



14

513
Quinn
fue

22. Por otro lado, el último párrafo del artículo 103° de la Constitución establece que ésta no ampara el abuso del derecho, por lo que el ejercicio de poder jurisdiccional ordinario, y con mayor razón el excepcional, será legítimo si es ejercido en salvaguarda del cumplimiento de los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación que resulte de los mismos y de las resoluciones dictadas por este Tribunal (artículo VI *in fine* del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), el cumplimiento de las sentencias que constituyan precedente vinculante (artículo VII del Código Procesal Constitucional) y el respeto al derecho a la tutela procesal efectiva (artículo 4° del Código Procesal Constitucional).

23. Por los fundamentos precedentes, a juicio de este Colegiado, es un hecho incontrovertible que existe la posibilidad de cuestionar, por la vía del proceso constitucional, una resolución arbitral. Esta, por tanto, debe ser considerada como la única opción válida constitucionalmente, habida cuenta de que bajo determinados supuestos procede el proceso constitucional contra resoluciones provenientes tanto del Poder Judicial como de un Tribunal Militar (artículo 4° del Código Procesal Constitucional). En esa medida, no existe respaldo constitucional que impida recurrir al proceso constitucional frente a la jurisdicción arbitral.

§3. ACTIVIDAD FISCAL PREVIA AL INICIO DEL PROCESO PENAL

24. Habiendo desarrollado el marco constitucional de la jurisdicción arbitral; y tomando en consideración que el petitorio constitucional del recurrente está orientado a cuestionar el procedimiento de investigación fiscal y posterior acusación que llevó a cabo la parte demandada, se procederá a analizar –aunque de manera preliminar– algunos aspectos relacionados con la actividad fiscal previa al inicio del proceso judicial penal.

25. La Constitución establece, en el artículo 159°, inciso 1, que corresponde al Ministerio Público la misión de promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho; asimismo, el inciso 5) del mismo artículo constitucional encarga al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal de oficio o a petición de parte. En ese sentido, corresponde a los fiscales –representantes del Ministerio Público– hacer ejercicio de la titularidad de la acción penal pública y, una vez conocida la denuncia o noticia criminal, proceder a formalizarla ante el juez penal si lo estiman procedente, conforme a lo establecido por la Ley Orgánica del Ministerio Público, aprobada por Decreto Legislativo N° 52.

26. En cumplimiento de las atribuciones que le han sido conferidas constitucional y legalmente, la labor del fiscal se extiende a lo largo de todo el proceso penal; sin



S/A
Cuenta
Corriente

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

embargo, es preciso analizar su labor en el procedimiento que antecede al inicio del proceso judicial.

§3.1. Investigación y posterior acusación fiscal

27. El Ministerio Público conduce desde su inicio la investigación del delito (artículo 159°, inciso 4 de la Constitución); por ende, una vez que un hecho presuntamente delictivo es denunciado, el fiscal puede, alternativamente, abrir investigación policial para reunir la prueba indispensable o formalizarla ante el juez penal⁷. En el primer supuesto, el fiscal no cuenta con elementos suficientes que ameriten la formalización de la denuncia, por lo que se procede a iniciar una investigación orientada a obtener elementos que sustenten su acusación ante el Juez Penal; ello fluye del texto del artículo 94° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, en el extremo que señala: "(...) cuando se hubiese reunido la prueba que estimase suficiente [el fiscal] procederá a formalizar la denuncia ante el Juez Instructor⁸ como se deja establecido en el presente artículo".

28. Respecto a la actividad probatoria y el grado de convicción al que debe arribar el fiscal en el transcurso de esta investigación previa al proceso penal, la doctrina ha señalado lo siguiente: "(...) no se requiere que exista convicción plena en el fiscal ni que las actuaciones estén completas, sólo se necesita que las investigaciones arrojen un resultado probabilístico razonable, en orden a la realidad de un delito y de la vinculación delictiva del imputado o imputados"⁹. Sin embargo, desde una perspectiva constitucional, resulta insuficiente valorar la actuación fiscal en sus propios términos legales; se requiere de su conformidad con los mandatos constitucionales de respeto a los derechos fundamentales y al ordenamiento jurídico constitucional.

§3.2. Ausencia de normatividad en la materia. Principios y criterios aplicables

29. La labor que el fiscal realice una vez recibida la denuncia o conocida la noticia criminal no ha sido desarrollada en detalle por el ordenamiento jurídico vigente. Sin embargo, esta actividad está sujeta a diversos principios y garantías que orientan su normal desenvolvimiento para que éste sea conforme a la Constitución.

§ Principio de interdicción de la arbitrariedad

⁷ Artículo 94 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto Legislativo N.º 052

Son obligaciones del Fiscal Provincial en lo Penal:

2. (...) Si el fiscal estima procedente la denuncia, puede alternativamente, abrir investigación policial para reunir la prueba indispensable o formalizarla ante el Juez Penal. En este último caso, expondrá los hechos de que tiene conocimiento, el delito que tipifican y la pena con que se sanciona, según ley; la prueba con que cuenta y la que ofrece actuar o que espera conseguir y ofrecer oportunamente. (...)

⁸ En la actualidad *Juez Penal*.

⁹ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal. Vol. 1*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2º ed., 2003. p.470.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



16

515
Quinto punto

30. Desde la consolidación del Estado de derecho surge el principio de interdicción de la arbitrariedad, el mismo que tiene un doble significado, tal como ha sido dicho en anterior sentencia: "a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho. b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo. En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad". (Exp. N° 090-2004 AA/TC).

Adecuando los fundamentos de la referida sentencia a la actividad fiscal, es posible afirmar que el grado de discrecionalidad atribuido al fiscal para que realice la investigación sobre la base de la cual determinará si existen elementos suficientes que justifiquen su denuncia ante el juez penal, se encuentra sometida a principios constitucionales que proscriben: a) actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica; b) decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad; y c) lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.

§ *Principio de legalidad en la función constitucional*

31. El fiscal actúa como defensor de la legalidad y representante de la causa pública en el proceso penal. En efecto, el respeto de este principio implica que el Ministerio Público ejercite la acción penal por todo hecho que revista los caracteres de un delito, sin perder de vista que su labor se ejecuta en función de la justicia y teniendo como parámetros a la Constitución y a la ley.

§ *Debido proceso y tutela jurisdiccional*

32. Al respecto, este Colegiado ha reconocido que el debido proceso se proyecta también al ámbito de la etapa prejurisdiccional de los procesos penales, es decir, en aquella cuya dirección compete al Ministerio Público (Exp. N.° 1268-2001 HC/TC). Por tanto, las garantías previstas en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional serán aplicables a la investigación fiscal previa al proceso penal siempre que sean compatibles con su naturaleza y fines, los mismos que deben ser interpretados de conformidad con el artículo 1° de la Constitución, según el cual "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".



576
Quinto
Quinto

§3.3. Hábeas corpus y procedimiento de investigación fiscal

33. A continuación se analizará el petitorio constitucional del demandante, cuyos extremos son: que se declare la nulidad de la denuncia fiscal, de fecha 10 de mayo de 2005, formalizada en contra del recurrente por el fiscal demandado; y que se notifique al juez que haya asumido la calificación de la denuncia, a efectos de que la devuelva al Ministerio Público para que ésta sea calificada nuevamente, este vez por otro fiscal.

El presunto agraviado sustenta, para tal efecto, la interposición de un hábeas corpus de tipo reparador respecto a los derechos que han sido vulnerados por el demandado al momento de realizar la investigación fiscal; y, asimismo, la interposición de un hábeas corpus de tipo preventivo, frente a la amenaza de su libertad individual y derechos conexos como consecuencia de la denuncia que se ha formalizado en su contra.

§ Hábeas corpus reparador y procedimiento de investigación fiscal

34. Respecto del hábeas corpus reparador, es preciso señalar que dicha modalidad representa la modalidad clásica o inicial del hábeas corpus, la misma que se promueve para obtener la reposición de la libertad de una persona indebidamente detenida. Se presenta, por ejemplo, cuando se produce la privación arbitraria o ilegal de la libertad física como consecuencia de una orden policial; de un mandato judicial en sentido lato; de una negligencia penitenciaria cuando un condenado continúa en reclusión pese a haberse cumplido la pena; por sanciones disciplinarias privativas de la libertad, entre otros. (Exp. N.º 2663-2003-HC/TC).

35. En el caso de autos, el demandante promueve esta modalidad de hábeas corpus porque considera que la investigación fiscal llevada a cabo por el demandado se ha desarrollado con absoluta prescindencia del respeto a las garantías que brinda el derecho a la tutela procesal efectiva, derecho protegido a través del proceso de hábeas corpus de conformidad con el artículo 4º del Código Procesal Constitucional.

36. Sobre este punto, es preciso tomar en consideración que la actividad del fiscal está limitada por las atribuciones que le han sido conferidas directamente a la autoridad judicial. En efecto, la imposición de medidas coercitivas, restrictivas de la libertad o derechos conexos, son atribuciones que la Constitución no ha conferido al Ministerio Público, puesto que su investigación, en todo caso, puede concluir en la formalización de una denuncia ante el Poder Judicial; pero la imposición de medidas coercitivas como la comparecencia o la detención preventiva, son medidas propias de la instancia judicial y serán adoptadas previa valoración y motivación del juez competente. En consecuencia, el procedimiento de investigación fiscal no incide de



517
Document
Alcántara

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

manera directa en una posible vulneración a algún derecho vinculado a la libertad individual de la persona.

37. En este orden de ideas, las presuntas irregularidades llevadas a cabo por el fiscal demandado no dan lugar a la interposición de un hábeas corpus correctivo, por lo que, en adelante, el pedido del recurrente será analizado a la luz de la tutela que brinda el hábeas corpus de tipo preventivo.

§ Hábeas corpus preventivo y procedimiento de investigación fiscal

38. El presunto agraviado formula demanda de hábeas corpus preventivo contra la amenaza que se cierne sobre su libertad individual y derechos constitucionales conexos como consecuencia de la acusación formulada por el fiscal demandado. Al respecto, es preciso tomar en consideración que, tal como lo dispone el inciso 1) del artículo 200° de la Constitución, el hábeas corpus no sólo procede ante el hecho u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera la libertad individual o derechos conexos, sino también ante la amenaza de que se pueda producir tal vulneración. En este caso, la actuación del juez constitucional es anterior al acto violatorio de la libertad individual o derechos conexos, pues se procede ante una amenaza.
39. Sobre el hábeas corpus preventivo y a efectos de valorar la amenaza frente a la cual procede este proceso constitucional, este Colegiado ha sostenido que: “ (...) se debe comprobar: a) la inminencia de que se produzca el acto vulnerador, es decir, que se configure un atentado a la libertad personal que esté por suceder prontamente o en vía de ejecución, no entendiéndose por tal a los simples actos preparatorios; y b) que la amenaza a la libertad sea cierta, es decir, que exista un conocimiento seguro y claro de la amenaza a la libertad, dejando de lado conjeturas o presunciones”. (Exp. 3171-2003 HC/TC).
40. Como ha sido dicho anteriormente, dado que el fiscal no tiene la facultad de dictar medidas restrictivas de la libertad o derechos conexos, en principio no se configuraría una amenaza cierta e inminente de algún derecho tutelable por el hábeas corpus. No obstante, es preciso tomar en consideración que si bien la denuncia fiscal no vincula al juez —el mismo que sólo abrirá instrucción si considera que de la denuncia fluyen indicios suficientes o elementos de juicio que razonablemente revelen la existencia de un delito—, en cambio, sí constituye un importante indicativo para el juez, el cual podría ser inducido a error sobre la base de una denuncia abiertamente arbitraria, orientada a conseguir que el presunto autor del hecho delictivo sea procesado.
41. Este Colegiado no considera que esta situación se haya configurado en el caso de autos, toda vez que la denuncia formalizada ante el juez penal ha sido construida sobre la base de las investigaciones efectuadas por el fiscal y los documentos



518
[Handwritten signature]

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

proporcionados por Algamarca. No obstante, surge un cuestionamiento en torno al hecho de que no se haya contado con la declaración indagatoria del investigado. Esta resultaría ser una observación válida si el procedimiento de investigación fiscal se hubiera llevado "a escondidas" como se sugiere en la demanda; sin embargo, este calificativo no se condice con el hecho de que el señor Cantuarias Salaverri fue debidamente notificado (al menos en una oportunidad) del procedimiento de investigación fiscal que se le seguía.

42. El recurrente, por tanto, tuvo oportunidad de apersonarse al procedimiento de investigación fiscal y lo hizo a través de su abogado, el mismo que presentó escritos e incluso solicitó que se actuaran diversos medios probatorios. Respecto de esta solicitud, el fiscal no llevó a cabo la actuación de todos los medios probatorios solicitados por el demandante; no obstante, atendió a su pedido en el extremo en el que solicitó se recabara la declaración indagatoria de los otros dos miembros del tribunal arbitral. Finalmente, esta diligencia no se llevó a cabo porque ambos árbitros solicitaron una reprogramación, lo cual no tuvo lugar pues el fiscal no realizó una nueva citación.
43. De lo actuado también se desprende que el fiscal demandado citó a informe oral a la defensa del recurrente; sin embargo, ésta volvió a solicitar que se programe una nueva fecha porque consideró que se debía esperar a que la investigación preliminar concluya. En este escenario, no resulta desproporcionado que ante las pruebas merituadas y las constantes solicitudes de reprogramación que venían siendo formuladas, el fiscal haya formalizado denuncia sobre la base de los elementos con los cuales, efectivamente, contaba.
44. En cuanto a la denuncia fiscal, esta se ajusta a lo dispuesto por el artículo 94° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, según el cual, si el fiscal estima procedente formalizar denuncia ante el juez penal "(...) expondrá los hechos de que tiene conocimiento, el delito que tipifican y la pena con que se sanciona, según ley; la prueba con que cuenta y la que ofrece actuar o que espera conseguir y ofrecer oportunamente."
45. Partiendo de las consideraciones que han sido previamente expuestas, este Colegiado no considera que el recurrente se encuentre frente a una amenaza cierta e inminente de su derecho a la libertad individual o algún derecho conexo, puesto que no se ha producido la formalización de una denuncia manifiestamente arbitraria, orientada a inducir a error al juez a fin de que dé inicio a un proceso penal en contra del investigado.
46. Si bien, a la fecha, es posible constatar que la denuncia formalizada por el fiscal demandado dio lugar a que se abriera instrucción en contra del señor Fernando Cantuarias Salaverri, no se ha dictado mandato de detención en su contra y se ha motivado debidamente el mandato de comparecencia restringida que fue dictado en su lugar. En efecto, este mandato de comparecencia no puede ser considerado como



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



519
Duran
Duran

una concreción de la amenaza alegada por el recurrente, toda vez que esta medida ha sido dictada en el ejercicio legítimo de las atribuciones que han sido conferidas al juez penal.

- 47. Se advierte, por tanto, que en el presente caso no se configuran los supuestos necesarios para la procedencia del proceso constitucional de hábeas corpus y que el petitorio constitucional del presunto agraviado –declarar la insubsistencia del auto apertorio de instrucción– sin que se haya acreditado la existencia de una amenaza cierta e inminente de su libertad individual o derechos constitucionales conexos, importaría que este Tribunal se subroga en las facultades que le han sido constitucional y legalmente conferidas a los representantes del Ministerio Público.
- 48. Sin perjuicio de la decisión adoptada por este Colegiado, se deja a salvo el derecho del recurrente respecto de la posible injerencia que el proceso penal iniciado en su contra puede suscitar de manera ilegítima en su labor como miembro del tribunal arbitral Sulliden-Algamarca; ello en tanto y en cuanto se podría estar pretendiendo trasladar, indebidamente, al ámbito penal controversias que tienen carácter civil o comercial y que han sido oportunamente sometidas al ámbito de la jurisdicción arbitral por las partes involucradas. De ser este el caso, el recurrente podrá hacer valer su derecho en la vía ordinaria correspondiente, que deberá seguir los criterios vinculantes de esta sentencia, a efectos de no sesgar la autonomía e independencia con la que cuenta la jurisdicción arbitral en el ejercicio legítimo de sus atribuciones.
- 49. De conformidad con el artículo VI *in fine* del Título Preliminar Código Procesal Constitucional, los criterios de interpretación contenidos en los fundamentos jurídicos N.º 8, 11, 12, 13, 14, 17 y 18, son vinculantes para todos los operadores jurídicos.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

- 1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de hábeas corpus.
- 2. Declarar que los fundamentos jurídicos N.ºs 8, 11, 12, 13, 14, 17 y 18, son vinculantes para todos los operadores jurídicos.

SS.

GARCÍA TOMA
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
LANDA ARROYO

Lo que certifico:

Sergio Ramos Llanos
SECRETARIO RELATOR(e)

[Handwritten signatures of the judges and the secretary]



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



21

320
Cantuarias
Salaverry

EXP. N.º 6167-2005-PHC/TC
LIMA
FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO GONZALES OJEDA

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas, si bien manifiesto mi acuerdo con la decisión expresada en el fallo, sin embargo, no lo estoy con algunos de los argumentos que allí se expresan.

1. En primer lugar, he de indicar que si bien existen casos anteriores en los que el Tribunal Constitucional ha expresado que los derechos fundamentales también vinculan en el ámbito del arbitraje, al ser componente esencial del llamado orden público constitucional, sin embargo, es la primera vez que este Tribunal se detiene en el análisis de los rasgos constitucionales que le son propios a la institución. Y se ha aproximado, según mi modesto entender, esclareciendo algunos aspectos que en la doctrina y jurisprudencia no estaban del todo claros, pero también en otros –por fortuna los menos–, sin esclarecerlos, sino, contribuyendo a prolongar un debate que, desde un punto de vista constitucional, no debería haberse planteado. Así sucede, por ejemplo, cuando se persiste en denominar a la institución como "jurisdicción arbitral" o como una "jurisdicción de carácter eminentemente privado" y, lo que a mi juicio es más grave, que se señale que los árbitros tienen la competencia de las competencias (Fundamentos 7, 8 y 11, respectivamente), o que el arbitraje, en sí mismo considerado, sea un derecho fundamental (fundamento N.º 20).
2. Por lo que hace al primer tema, he de indicar que la "Jurisdicción" es una potestad que originariamente corresponde al Pueblo como titular de la soberanía. En el Estado Constitucional de Derecho no hay jurisdicciones (en plural), sino una sola, como recuerda la primera parte del artículo 138º de la Constitución, al establecer que "La potestad de administrar justicia emana del pueblo (...)".

Como única potestad que es, dictada una Constitución, como acto de ejercicio pleno de la soberanía popular, el pueblo soberano, materializado en la decisión constituyente, encomienda su ejercicio al Estado. Éste, en el Estado legal de derecho, lo ejercía únicamente el Poder Judicial. En el Estado social y democrático de derecho, en cambio, el ejercicio de esa potestad se distribuye entre una serie de órganos constitucionales de carácter estatal (v.g Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, Poder Judicial), para lo cual define los ámbitos objetivo-materiales de las competencias de cada uno de ellos.

Con ello se quiere decir, por un lado, que en el Estado social y democrático de derecho



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



22
521
Dumont
Venter

no hay pluralidad de jurisdicciones y, de otro, que su ejercicio sólo está confiado a determinados órganos *estatales*. Mediante su ejercicio, se administra la justicia o, como modernamente se suele sostener, se presta el servicio público de tutela jurisdiccional, principalmente para la realización o garantía del derecho objetivo y de la libertad y de la dignidad humanas y, secundariamente, para la composición de los litigios, o para dar certeza jurídica a los derechos subjetivos, o para investigar y sancionar los delitos e ilícitos de toda clase (o adoptar mediadas de seguridad ante ellos), mediante la aplicación de la ley a casos concretos, de acuerdo con determinados procedimientos y mediante decisiones obligatorias.

Así, la función jurisdiccional resulta la expresión de un poder del Estado y esto no sólo es una declaración, sino una clara delimitación de sus alcances en el ámbito constitucional. Pero, asimismo, la jurisdicción estatal, precisamente por tratarse de un poder, es la única que ostenta la llamada *coertio*; es decir, una específica expresión del *ius imperium* mediante la cual sólo los jueces pueden realizar actos de ejecución, o sea, aquellos destinados al efectivo reconocimiento de un derecho.

Lo que significa que no hay ejercicio de jurisdicción privada o de "carácter eminentemente privado", como se afirma en el Fund. Jur. N°. 8 de la sentencia. Es bien cierto que, en diversos apartados, la Constitución ha garantizado formas e instituciones de composición de conflictos no estatales, como el arbitraje o aquella que prestan las comunidades campesinas. Y lo ha hecho señalando, por ejemplo, que "No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral" o que "Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas (...), pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (...)". Es decir, dando la sensación, a partir de una interpretación literal de los preceptos en los que se enuncian, que tanto el arbitraje como la composición de conflictos por las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas constituyen ejercicio de una cuota de la jurisdicción.

¿La composición de conflictos mediante dichos institutos o entes constituye un ejercicio de la jurisdicción? La respuesta, a mi juicio, como entiendo sucede en casi toda la doctrina nacional que se ha dedicado seriamente al tema, es que no. No sólo por lo que antes se ha dicho. (que la jurisdicción es única y ésta la ejercen los órganos estatales en nombre del Pueblo); sino, además, porque a la misma conclusión se puede arribar al comprender, en la unidad que representa la Constitución, que el vocablo "jurisdicción" utilizado por los artículos 139.1° y 149° de la Constitución, y también en otros de la misma Ley Fundamental, no tiene un significado unívoco.

En algunos casos, con la expresión "jurisdicción" el constituyente designa lo que en términos de derecho judicial es, una cuestión de competencia (v.g art. 2.24, "f"). En



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



otros, con la misma voz se alude al espacio territorial dentro del cual un órgano del Estado ejerce sus competencias (v.g art. 31 y 74); se declara la reserva de jurisdicción a favor del propio Estado (v.g art. 54), se dispone la posibilidad de exceptuar el conocimiento de determinadas materias a los órganos jurisdiccionales del Estado (art. 63) o se establece los límites a su ejercicio por parte de determinados funcionarios estatales, como los jueces (v.g art. 146).

No hay, pues, un único sentido o significado con el que se haya atribuido a la voz "jurisdicción". De modo que no siempre que se la utilice la Ley Fundamental hay que entenderla en el sentido de la potestad jurisdiccional a la que antes se ha hecho referencia.

Es en el sentido constitucionalmente polisémico del término "jurisdicción" en el que, a mi juicio, debe entenderse el artículo 139.1 de la Constitución. En definitiva, no en el sentido de que el arbitraje, como mecanismo de composición de controversias privadas, constituya una manifestación estatal de ejercicio de la potestad jurisdiccional, sino como la garantía constitucional de un instituto —el arbitraje en sí mismo—. Por su virtud, pues, se garantiza y otorga validez a una forma compositiva de controversias, de carácter no estatal, en los temas previamente delimitados y limitados por la ley, entre las personas que libremente decidan resolver sus diferencias por medio de éste.

Entonces, puede decirse que el arbitraje es un medio alternativo de solución de conflictos y que su fundamento reposa en la voluntad de las partes, por medio de la cual éstas optan por renunciar a la tutela que brinda el Estado a través del Poder Judicial y se someten a este mecanismo esencialmente privado, en el que tienen la libertad de establecer el procedimiento que consideren más adecuado, dentro del respeto de determinados derechos fundamentales de orden procesal.

Por otro lado, si bien es cierto que el arbitraje resuelve el conflicto sometido a su conocimiento en una forma de *litis* y que declara derecho, no se puede afirmar que este acto o actos del arbitraje constituyan el factor que lo califican como función jurisdiccional, así se sostenga que dichos actos son jurídicos o tengan connotación jurídica. Además, sus decisiones no son necesariamente definitivas, ya que pueden ser recurridas ante el Poder Judicial en apelación o anulación, y los árbitros carecen de potestad coercitiva, es decir, no están en la capacidad de hacer cumplir sus decisiones cuando las partes se resisten a cumplirlas, en cuyo caso tienen que recurrir al Poder Judicial solicitando su intervención con el propósito de lograr la ejecución forzada de sus mandatos.

Sin duda, la forma del procedimiento del titular de la jurisdicción, el Poder Judicial, es totalmente diferente. Sus decisiones son firmes y en algunos casos causan



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



24

52
Quinn
Verstet

jurisprudencia, pero además los jueces tienen la capacidad de hacer cumplir sus decisiones e inclusive pueden usar la fuerza pública. En cambio, los laudos arbitrales tienen la característica de incidir en el ámbito declarativo de los derechos, mas nunca en el ejecutivo. Ello explica porque si una parte decide no cumplir con un laudo o con lo pactado en un procedimiento conciliatorio, la única salida que tiene el sujeto afectado con dicho incumplimiento es la vía judicial (precisamente actuando el título ejecutivo -laudo o acta conciliatoria-).

Igualmente, las decisiones expedidas por parte de la jurisdicción estatal tienen la posibilidad de adquirir inmutabilidad absoluta o autoridad de la cosa juzgada. Situación que no se verifica en otras zonas compositivas donde las decisiones pueden ser revisadas, con mayores o menores limitaciones, por la justicia estatal. En estos últimos supuestos se suele hablar de inmutabilidad relativa o preclusión. Pero, definitivamente, la jurisdicción estatal es la única que tiene la característica básica de la universalidad, en el sentido de que las otras técnicas compositivas han sido creadas únicamente para tipos específicos de controversias, mientras que la jurisdicción estatal protege de cualquier tipo de derecho, sin importar que esté o no previsto expresamente por ley.

3. Lo anterior es el presupuesto para señalar también mis diferencias en torno a la afirmación según la cual el arbitraje es un derecho fundamental (Fund. Jur. N.º 16). No hay un derecho fundamental al arbitraje. Al contrario, el derecho fundamental de toda persona, en el Estado social y democrático de Derecho, es la posibilidad de acudir libremente a la jurisdicción estatal o, en los términos que hemos empleado en nuestra jurisprudencia sobre el tema, acceder a un tribunal de justicia. En cambio, el arbitraje es un instituto que, en la medida que se ha previsto en la Constitución, ha quedado constitucionalmente garantizado, de modo que el legislador no puede disponer libremente de él, a no ser que la suprema mediante una reforma constitucional (lo que no se puede hacer con los derechos fundamentales, ni siquiera siguiéndose dicho procedimiento de revisión constitucional).

Salvo que con dicha afirmación se haya querido decir que una determinada controversia puede ser sustraída de su resolución de un órgano de la jurisdicción estatal mediante una decisión que comporta el ejercicio de un derecho fundamental; en cuyo caso estaría plenamente de acuerdo. Y es que cuando se decide libremente que la solución de una controversia se realice mediante el arbitraje, en los casos legalmente permitidos, ello comporta, por un lado, una renuncia al ejercicio del derecho de acceso a los tribunales, pero de otro, también el ejercicio de la libertad de acción.

4. Finalmente, quisiera expresar que, la generalidad con la que se ha planteado el tema en la sentencia puede suscitar alguna confusión. Allí se ha dicho que la realización del arbitraje ha de sujetarse al respeto de los derechos al debido proceso y a la tutela



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



jurisdiccional. Y ello es así puesto que, como se tiene dicho en la jurisprudencia de este Tribunal, no hay zona alguna del ordenamiento jurídico en la que los poderes públicos o los particulares puedan actuar desconociendo a la Constitución y su sistema material de valores representados por los derechos fundamentales.

El problema, sin embargo, radica en que dicha afirmación, en su generalidad, adolece de deficiencias e insuficiencias. La primera porque resulta claro que la decisión de someter una controversia a la solución de un arbitraje, comporta la renuncia a una serie de derechos fundamentales de carácter esencialmente procesal. Además del acceso a la justicia, que la presupone, también existe una renuncia al derecho al juez predeterminado por la ley o a la pluralidad de la instancia, por citar algunos casos. En otros casos, el contenido constitucionalmente protegido de alguno de los derechos de orden procesal tienen un alcance menor respecto si la controversia hubiese sido sometida a un tribunal de justicia de carácter estatal. Así sucede, por ejemplo, con el derecho al juez imparcial, puesto que en determinados casos, cada una de las partes elige a un árbitro, y estos, a su vez, a un presidente del Tribunal Arbitral. De modo que si en relación a este último puede predicarse la necesidad de su imparcialidad, no necesariamente sucede lo mismo con los árbitros nombrados por las partes.

Además, la afirmación genérica expresada en el Fund. Jur. N.º 20 de la sentencia peca de insuficiencia, pues resulta claro que no sólo los derechos de orden procesal vinculan en el arbitraje. Todos los derechos fundamentales vinculan a todos, de modo que incluso en las relaciones *inter privados*, es deber de los individuos cuidar porque estos no resulten lesionados. En ese sentido, es bueno recordar que en abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional se destaca que los derechos fundamentales - todos y no sólo los de orden procesal- tienen como sujetos obligados a su respeto a los poderes públicos (eficacia vertical de los derechos), sino, además, a los propios particulares (eficacia horizontal de los derechos), entre los cuales se encuentra, como antes se ha dicho, la composición privada de conflictos mediante el arbitraje.

Con estas salvedades, que como indiqué en la introducción de este voto, no afectan al sentido de lo resuelto por la sentencia, es que la suscribo.

SR.
GONZALES OJEDA

Lo que certifico:



Sergio Ramos Llanos
SECRETARIO RELATOR(a)

Sergio Ramos Llanos
SECRETARIO RELATOR(a)
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL